بيع ملك الغير
فى
القانون المدنى والفقه الإسلامى

تأليف

الأستاذ الدكتور
لاشين محمد الغياتى

المبحث الاول

التعريف ببيع ملك الغير

٩ ـ المراد ببيع ملك الغير.

١٠ خطة البحث.

٩) المراد ببيع ملك الغير :

يرى بعض الفقه ان بيع ملك الغير يقصد به (أن يبيع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه).(١)

ويمكننا تعريف بيع ملك الغير بانه ذلك البيع الذى يرد على شيء معين بالذات غير مملوك لبائعه.

١٠) خطة البحث :

ويتعين لكى تتضح معالم بيع ملك الغير أن نبين ما يعد بيعاً لملك الغير ، ومالا يعد كذلك . وذلك في مطلبين.

---

(١) د.عبد الودود يحى ـ دروس فى العقود المسماة ـ البيع ـ الايجار ـ التأمين ـ ١٩٧٦ ـ ١٩٧٧ ـ دار النهضه العربية ـ مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ـ ١٩٧٦، ص ١٧٣.

المطلب الاول

مايعد بيعا لملك الغير

١) ـ ثلاثة شروط.

٢) ـ الشرط الاول : ان يكون العقد عقد بيع.

٣) ـ الشرط الثاني : ان يكون الشيء المبيع معينا بالذات .

٤) ـ الشرط الثالث : عدم ملكية المبيع لا للبائع ولا للمشترى.

(١) ثلاثة شروط : يتبين من تعريفنا لبيع ملك الغير أنه يشترط ثلاثة شروط لاحتساب البيع بيعا لملك الغير ، وهذه الشروط هي:

١) أن يكون العقد عقد بيع.

٢) إن يكون الشيء المبيع معينا بالذات .

٣) ان يكون المبيع غير مملوك لا للبائع ولا للمشترى.

وذلك على التفصيل الآتي:

(٢) الشرط الأول : أن يكون العقد عقد بيع :

ومعنى هذا ومقتضاه ان يكون المقصود من العقد إلزام أحد

طرفيه بنقل الملكية نظير التزام الطرف الآخر بثمن نقدى فلو فرض وان كان موضوع التعاقد مضمونه ان احد طرفى العقد يتعهد للطرف الآخر بالحصول على ملكية الشيء محل التعاقد المملوك للغير ثم يقوم بعد ذلك بنقلها الى هذا الطرف الاخير فان العقد لا يكون بيعاً وكذلك الحال لو تعهد احد الطرفين بانه سيدفع المالك إلى بيع الشيء الى الطرف الآخر، فهذا العقد هو تعهد عن الغير (تنطبق عليه المادة ١٥٣ مدنى) ولا يعد بيعا اذ ان محل الالتزام هنا هو القيام بعمل مضمونه الحصول على رضاء المالك الحقيقى بان يبيع ما يملكه.(١)

---

(١) في هذا المعنى :
د. السنهورى المرجع السابق ص ٢٧٢ بند ١٠٤.
د. محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ص ٧٣ بند ٥٠.
وايضا *Baudry et saignat: op.cit. p.120 No.122*
De Page (H.) Traite elementaire de droit civil belge, T. lv. 1951, p. 63,No.31

وراجع كذلك :
استئناف مختلط ١٩١٥/٢/٣٠ بيلتان ٢٧ـ٢٤٩ ، وفى ١٩٢١/٥/١٢ بيلتان ٤٣ ـ ٣٨٥ ـ ليون ١٩٢٩/١١/١٨ دالوز ١٩٣ـ ٤٤ قسم الاحكام المختصرة.

١٣) **الشرط الثاني: ان يكون الشيء المبيع معينا بالذات :**

فاذا كان الشيء المبيع معينا بالنوع فقط، فلا يعتبر البيع بيعا لملك الغير.[1] وذلك لان المثليات وهي معينة بنوعها فحسب ، لا يمكن اعتبارها مملوكة لغير البائع ، حتى ولو فرض وان كان البائع لا يملك أى قدر من المبيع محل التعاقد.[2]

١٤) **الشرط الثالث : عدم ملكية المبيع لا للبائع وللمشترى:**

ويتعين حتى نكون إزاء بيع ملك الغير ، ألا يكون المبيع مملوكاً لا للبائع ولا للمشترى وذلك لأنه اذا كان المبيع مملوكا للبائع ، فان العقد يكون صحيحاً ولاتُثار مسألة بيع ملك الغير . كما انه اذا كان المبيع مملوكا للمشترى،

(١) راجع De page H : op.cit, p.63.No.31
وايضا د. محمد لبيب شنب - المرجع السابق ص ٧٤ بند٥٠
وكذلك : ليون فى ١٩٣٢/٦/٢ دالوز ١٩٣٤ - ٢٤- قسم الاحكام المختصرة.

(٢) راجع فى ذلك :
د. اسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٢٥.
د. السنهورى - المرجع السابق - ص ٢٧٢ بند ١٥٤.
د. محمد لبيب شنب المرجع والوضع السابقين.
Guillaurd (L.): Traitr de la vente en Droit Belge, 1960 p.912 No.188

واتجه الى شرائه نتيجه جهله ملكيته اياه ، فلا ينعقد بيع من الأصل وذلك لا ستحالة تحقيق الغرض المستهدف به استحالة مطلقة الا وهو نقل الملكية من البائع الى المشترى الذى يملك فعلاً المبيع.(١)

واذا توافرت هذه الشروط اعتبر البيع بيعاً لملك الغير ولا يهم بعد ذلك أن يكون البيع مساومة أو قضائيا ، جبرياً او اختيارياً ، ويستوى ايضا ان يعلم البائع بعدم ملكية للمبيع أو أنه اعتقد أنه مالكا له.(٢)

---

(١) في هذا المعني :
د. منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ـ ص ٢٥٢ بند١١٢.
د. اسماعيل غانم ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦
د. محمد لبيب شنب المرجع والموضع السابقين.
وراجع ايضا :
حكم مصر الابتدائيه في ٢٢/١/٤ ـ المجموعة الرسميه ٢٥ ـ ١٥ـ١٩.

(٢) راجع : *Baudry et saignat : op. cit. No. 126.*
Planiole et Ripert (par j. Hamel : Traité pratique de droit civil francais. Deuxième édition, T.x. première partie, 1956 No. 46, P. 49.

وايضا انسيكلو بيدى دالوز كلمه *vente* فقره ٣٦٥.
وكذلك : د. السنهورى ـ المرجع السابق ص ٢٤٥ بند ١٥٧.

المطلب الثاني

مالايعد بيعا لملك الغير

١٥ ـ ما حكم بعض البيوع؟

١٦ ـ ١ أ) بيع الشيء غير المعين بالذات .

١٧ ـ بيع الشيء المستقبل .

١٥) ما حكم بعض البيوع ؟

بعد ان بينا الشروط المتطلبة لاحتساب البيع بيعاً لملك الغير ، يجدر بنا الآن ان نحدد مالا يعد بيعاً لملك الغير .

وذلك لان الأمر يدق بالنسبة لبعض البيوع وذلك مثل بيع الشيء غير المعين بالذات ، وكذلك بيع الشيء المستقبل، وتعهد شخص عن المالك بان يجعل الأخير يبيع الشيء ـ محل البحث ـ لآخر ، كما ان الأمر يتسم بالدقة البالغة بخصوص تعليق البيع على شرط تملك المبيع للبائع، والبيع تحت شرط، وبيع الشيء الشائع وبيع الوارث الظاهر.

١٦) أ) بيع الشيء غير المعين بالذات :

إذا قام شخص ببيع الف كيلو تفاح، لا يعتبر ذلك

بيعا لملك الغير، وحتى ولو كان البائع وقت البيع غير مالك للمبيع. اذ ان المبيع لم يعين بذاته، ومن ثم لا يمكن القول بان البائع مالكاً له او غير مالك. وإنما يقال هذا او ذاك حينما يتعين المبيع بالذات، ويجب على البائع ان يقوم بتعيين المبيع إذا كان موجوداً، او ايجاده اذا لم يكن كذلك، ثم ينقل للمشترى ملكيته.[١]

١٧) بيع الشيء المستقبل :

اذا قام الشخص ببيع شيئا غير موجود وقت البيع الا أنه سيوجد في المستقبل، فان هذا البيع لا يكون بيعا لملك الغير، إذ ان المبيع لم يعين بذاته بعد. وبالتالي لايمكن القول بان البائع مالك للمبيع أو غير مالك، فلا يقال هذا او ذاك إلا حينما يتم تعيين المبيع بذاته. وكل ما هنالك ان البائع ـ ابان هذه المرحلة التي

---

(١) راجع

استئناف مختلط ١٩٠٩/٢/١٠م ٢١ ص ١٦٩ ، ١٩١٥/٢/٣٠م ٢٧ ص ٢٤٩

وايضا

د. عبد المنعم البدراوى ـ عقد البيع فى القانون المدنى ١٩٥٦ ص ٥٧٥ ، د. السنهورى ـ الوسيط فى شرح القانون المدنى ـ جـ٤ ـ العقود التى تقع على الملكية ـ البيع والمقايضه ط ٢ ـ ١٩٨٦ تنقيح المستشار مصطفى محمد الفقى ص ٣٤١ وما بعدها.

لم يتم تعيين المبيع بذاته خلالها - يلتزم بنقل ملكية المبيع ويتعين على البائع ايجاد المبيع، ثم ينبغي عليه - بعد ذلك - ان ينقل للمشترى ملكية المبيع .(١)

١٥) ج) التعهد عن الغير :

اذا تعهد شخص عن مالك الشيء ، وكان مضمون هذا التعهد هو ان المالك يبيع الشيء محل البحث - لشخص الآمر ، فلا يعد هذا التعهد بيعا لملك الغير . اذ ان المتعاقد لم يقم ببيع ملك غيره، وانما كل ما هنالك انه تعهد عن المالك في انه سيبيع ما يملكه، فنكون ازاء تعهدا عن الغير لا ببيع ملك الغير .(٢)

- وراجع كذلك . Aubry et Rau : op. cit- p.42. Baudry lacantininerie et leo Saignat : Traité théorique et pratique de droit civil: De la vent et de l'echange, 3ème éd. 1908. No.116, p. 105.

(١) نفس المرجع السابق.

(٢) راجع Baudry et saignat : op.cit.No. 122.
د. السنهورى - المرجع السابق ص ٢٤٢ بند ١٥٤.
وايضا استئناف مختلط ١٩٠٠/٦/٧ م ١٢ ص ٣١٢.

١٦) تعليق البيع على شرط التملك :

قد يحدث أن يبيع شخص شيئا معينا بالذات غير مملوك له ويعلق البيع على شرط تملكه للمبيع فما الحكم هنا ؟؟؟

ويلاحظ أن البائع فى هذا الغرض لم يلتزم التزاما باتا بنقل ملكية المبيع ، بل انه قام بتعليق هذا الالتزام على شرط واقف مضمونه تملكه المبيع. ولا يعد ذلك بيعاً لملك الغير ، اذ ان كل من البائع والمشترى متفقان - منذ البداية - على إن البيع غير بات. فهو معلق على شرط ، وهذا الشرط وهو تملك المبيع ، فاذا حدث التملك واصبح البائع مالكا للمبيع، انتقلت هذه الملكية للمشترى ، وان لم يتحقق الشرط يسقط البيع. (١)

١٧) (هـ) البيع المعلق على شرط :

إذا كانت الصورة السابقة كان البيع معلقا على شرط تملك البائع للمبيع ، فان الصورة هنا ان البائع يملك البيع ولكن ملكيته له معلقه على شرط فما حكم هذا البيع ؟

---

(١) راجع :
استئناف مختلط ١٩٢٤/١٢/٢٣ - م ٢٧ ص ٨٩
و د. السنهورى - المرجع والموضع السابقين

بادىء ذى بدء نقرر ان هذا البيع ليس بيعا لملك الغير ، لأن الملكيه هنا للبائع (١) وان كانت ملكيته غير بائنه. اذ هي معلقه لى شرط إما ان يكون واقفا او فاسخاً ، فاذا كان واقفا متتحقق الملكية على تحقيق الشرط، واذا كان فاسخاً فأن تحقق الشرط يترتب عليه زوال الملكية. وأيا كان نوع الشرط فان الملكية تنتقل للمشترى بذات وصفها، فاما ان تصبح ملكيته بانه يتحقق الشرط الواقف او عدم تحقق الشرط الفاسخ او العكس بالعكس اى ان عدم تحقق الشرط الواقف او تحقق الشرط الفاسخ ينتج عنه زوال الملكية بالنسبة للمشترى.(٢)

---

(١) راجع :
نقض مدنى ١٩٦٧/٨/١٨ ـ مجموعة احكام النقض س ١٨ ـ رقم ١٥٤ ص ١٠٣٠

(٢) في هذا المعنى :
الدكتور انور سلطان ـ عقد البيع ـ سنه ١٩٥١ ص ٣٨٦ ـ بند ٤٠٠ ،
د. عبد المنعم البدراوى المرجع السابق بند ٣٨٩
د. السنهورى المرجع السابق ص ٣٤٣ وما بعدهنا بند ١٥٤
وايضا *Baudry et Saignat: op.cit p.No.120*

وقارن :
د. أحمد نجيب الهلالى ، د. حامد زكى ـ شرح عقد البيع ـ طبعة ١٩٤٠ ـ بند ١٧٨.

١٨) (و) بيع الشيء الشائع :

قد يبيع شخص شيئا يملكه ملكية شائعة . فهل تكون هنا بصدد بيع ملك الغير ؟؟؟.

الأمر يتوقف على ما تسفر عنه القسمة . فان وقع الشيء المبيع كله ضمن حصه البائع تكون امام عقد بيع صحيح، واذا حدث العكس ووقع الشيء المبيع كله أو جزء منه في حصة غير البائع من شركائه فاننا نكون امام بيع ملك الغير.(١)

١٩) بيع الوارث الظاهر :

في الحقيقة إن الوارث الظاهر لا يملك المبيع، وبالتالي نكون امام بيع ملك الغير ، الا ان الاعتبارات العملية التي توجب الاستقرار في التعامل هي التي رفعته الى اعتبار بيع الوارث الظاهر صحيحاً ونافذا في حصه الوارث الحقيقي. وبالتالي يتملك المشترى الشيء المبيع، ولاحاجة له الى الحماية المقررة لبيع ملك للمشترى في بيع ملك الغير.(٢)

وبعد أن عرفنا بيع ملك الغير، وحددنا ما يعد وما لا يعد كذلك ، يتعين أن يتبين الطبيعة القانونية لبطلان بيع ملك الغير.....

وهذا ماس نعرض له في المبحث التالي،،،،،

(١) في هذا المعنى :
د. السنهورى المرجع السابق ص ٣٤٤ بند ١٥٧
Aubry et Rau: op. cit. No. 351

(٢) راجع.
د. السنهورى المرجع والموضع السابقين

المبحث الثاني

طبيعة البطلان في بيع ملك الغيــــر

٢٠ ـ تقســيم وخطة البحث.

٢٠) تقسيم وخطة البحـــــث :

تعددت بالفقه السبل بشأن تحديد طبيعة بطلان بيـــع ملك الغير، الا انه من الملاحظ ان معظم الأراء المقول بها حصرت نفسها داخل دائرة الأفكار التقليدية للقانون المدني. بينما ذهب رأى الى طرح هذه الافكار جانبا واعتبر هـــذا البطلان، من نوع خاص أنشيء بنص في القانــــــون.

وسنعرض لهذه الآراء وتلك ثم رأينا فـي الموضـــــوع وذلك في ثلاثة مطالب كالآتــي :

المطلـب الاول : بطلان بيع ملك الغير والأفكار التقليدية

المطلـب الثاني: بطلان بيع ملك الغير من نوع خاص أنشيء بنص قانونـي.

المطلب الاول

بطلان بيع ملك الغير
و
الأفكار التقليدية

(٢١) اجمال:

تشعبت الآراء داخل الاتجاه الذى ربط بين بطلان بيع ملك الغير والافكار التقليدية فى القانون المدني. فمنهم من اعتبر البيع قابلا للفسخ

وليس للبطلان، ومنهم من ذهب إلى أنه بطلان مطلق، بينما يرى فريق ثالث انه بطلان نسبي، وينحى الفقه الفرنسي الحديث الى اعتبار دعوى بطلان بيع ملك الغير دعوى ضمان الاستحقاق ، ويستند فريق خامس إلى نظرية تحول العقد كأساس للبطلان ، ويرتكز فريق سادس إلى فكرة العقد الموقوف .

وسنعرض لكل رأى من هذه الآراء فيما يلي:

٢٢) اولاً : بيع ملك الغير والفسخ: ينفى هذا الفريق قابلية البيع للبطلان، ويرون ان البيع قابل للفسخ . ومرد قابليته للفسخ الى عدم قيام البائع بالالتزام الذى يقع على عاتقه بشأن نقل ملكية المبيع الى المشترى ولذا يكون له طلب فسخ البيع.(١)

---

(١) راجع :
د. جميل الشرقاوى ـ رسالة فى نظرية البطلان ـ ص ٢٩٣ ، وما بعدها بند ١٠٣ ويلاحظ ان التقنين المدنى الايطالى الصادر عام ١٩٤٢ نص فى مادته رقيمة ١٤٧٩ باعتبار بيع ملك الغير قابلا للفسخ حتى ولو كان المشترى يجهل بان البائع غير مالك .

٢٣) تقدير الرأى القائل بقابلية بيع ملك الغير للفسخ:

يؤخذ على هذا الرأى الى ان القول به يقتضى الاعتراف للقاضى بسلطة تقديرية بشأن اجابة المشترى الى الفسخ، كما أنه يمتنع على القاضى القضاء به اذا استطاع البائع بعد رفع الدعوى ان ينقل الملكية الى المشترى.(١) أضف إلى ذلك تعارض هذا الرأى مع ما تقضىء به النصوص القانونية فى مصر وفرنسا إذ إنها تقضى بالبطلان لا بالفسخ.(٢)

٢٤) بيع ملك الغير والبطلان المطلق:

يذهب البعض الى اعتبار بيع ملك الغير باطلاً بطلانا مطلقا،(٣) ومرد هذا البطلان اما استحالة المحل استحالة مطلقة اذا البائع. يتعذر عليه نقل الملكية للمشترى لكونه غير مالك ، واما لانعدام سبب الالتزام، اذ ان التزام المشترى لا يقابله التزام يقع ـ. البائع طالما لا يستطيع هذا الاخير نقل

(١) انظر Baudry et Saignat; op. cit. No. 117 p.107 et S.

(٢) راجع السنهورى ـ المرجع السابق ـ ص ٣٤٦ بند ١٥٥

(٣) راجع Aubry et Rau : op.cit.No.35 marge No. 43

واستئناف مختلط ١٠/٢/١٩٣١م ٤٣ ص ٣٧٦.

الملكية للمشتـــــرى.(١)

٢٥) تقدير الرأى القائل بان بيع ملك الغير باطلاً بطلانا مطلقاً :

يؤخذ على هذا الرأى ان بيع ملك الغير ينتج آثـــارا متعددة ـ سنعرض لها فى المبحث الثالث من هذا الفصـــل ـ مما يتعارض مع القول ببطلانه بطلانا مطلقا، باعتبار ان البطلان يمنع انتاج مثل هذه الآثار ثم وفيما يتعلق بانعـــدام السبب فهو قول مردود عليه اذ ان البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شىء لا يملكه ويحصل بعد ذلك على ملكية فيوفـى بالتزامه، فانعدام السبب واستحالة المحل استحالة مطلقـــة محل نظـر ، ويكون للمشترى اذا لم يوف البائــــع بالتزامه بنقل الملكية ان يطالب بالفسخ لا البطلان المطلق.(٢)

٢٦) بيع ملك اليغر والبطلان النسبـى : استند البعض الـــى نظرية الغلط كأساس لبطلان بيع ملك اليغر ، ورتبـــوا على ذلك بطلانا سنبياً ، والغلط هنا ـ وفقا لهـــذا

(١) Baudry et saignat: op. cit. No 117 .p.108 et S.

ويلاحظ ان الدكتور اسماعيل غانم يرى ان استحالة محـــل البيع فى بيع ملك الغير (استحالة نسبية، اذ ان هناك شخصاً كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو المالـك الحقيقى) (راجع مذكراته عن البيع ـ غير مطبوعة ص ٥).

(٢) Baudry et saignat: op.cit

الرأى ـ إما يكون فى شخص البائع إذا توهم المشترى ان البائع مالكاً للمبيع، واما ان يكون الغلط فى الشىء المبيع ذاته اذ ان المشترى توهم انه مملوك للبائع.(١)

(٢٧) تقدير الرأى القائل بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا :

يرفض غالبية الشراح الرأى القائل بان بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا، وذلك لانتفاء أسباب القول بتوافر هذا البطلان، فالغلط كسبب للابطال يشترط له ان يكون البائع حسن النية بمعنى أنه وقع فى الغلط مثله فى ذلك مثل المشترى أو على الاقل يكون من السهل على البائع ان يتبين الغلط والأمر على غير ذلك فى التنظيم القانونى لبيع ملك الغير إذ أنه لا يعتد فى تقرير بطلانه بحسن نيه البائع أو سوءها ، ولا عبرة باتصال الغلط بالبائع . ضف الى ما تقدم إن الاجازة التى تصحح العقد القابل للابطال لا تكون الا ممن كان طرفاً فى العقد وتقرر الابطال لمصلحته ، فى حين الاجازة التى يمكن ان تصحح بيع ملك الغير اجازة المالك الحقيقى الذى لم يكن من بين اطراف العقد.(٢)

(١) انظر في عرض هذا الرأى
د. السنهورى ـ المرجع السابق ـ ص ٣٤٧ بند ١٥٥.

(٢) فى هذا المعنى : د. عبد الناصر توفيق العطار ـ البداية فى شرح أحكام البيع ـ ١٩٨٤ ـ مطبعة عابدين ـ القاهرة ـ ص ١٠٨ بند ٥٠ مكرر.

ويضيف البعض ان الآثار التى تترتب على بطلان بيع ملك الغير تختلف "عن الآثار التى ترتبها القواعد العامة على البطلان النسبى، فالقاعدة ان العقد الباطل نسبياً ينتج جميع آثاره حتى يتقرر إبطاله فيزول بأثر رجعى وإذا أجازه من تقرر الإبطال لمصلحته فانه يتأكد نهائيا ويستمر فى إنتاج آثاره ، أما بيع ملك الغير قبل أن يبطل، فلا ينتج جميع آثاره ، فهو لا ينقل الملكية او الحق المالى المبيع الى المشترى ، كما أن إجازته من المشترى لا تؤدى إلى نقل الملكية وإن أسقطت حق المشترى فى طلب الابطال.

وبالعكس من ذلك ينتج العقد أهم أثر له وهو نقل الملكية لسبب خارج عن العقد، وهو تملك البائع للمبيع بعد البيع أو إقرار المالك الحقيقى".(١)

٢٨) **دعوى بطلان ملك الغير ودعوى ضمان الاستحقاق:**

يرى الفقه الفرنسي الحديث ان دعوى بطلان ببيع ملك الغير عبارة عن دعوى ضمان استحقاق تعجل المشترى برفعها *anticipee garantie deviction anticipee*

فالمشترى أسرع الى رفع هذه الدعوى قبل ان يقوم المالك الحقيقى برفع دعوى الاستحقاق على المشترى. ففى دعوى

(١) د. محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ـ ص ٨٦ بند ٥٥.

ضمان الاستحقاق العادية ينتظر المشترى حتى يتعرض لـــه المستحق ، فيقوم (أى المشترى) برفع دعوى ضمـــان التعرض والاستحقاق على البائع . بينما فى بيع ملـــك الغير فان المشرع اجاز للمشترى أن يبادر برفع دعـــوى بطلان البيع ضد البائع دون أن ينتظر تعرض المالـــك الحقيقـــى له.(١)

((ولكن القول بأن دعوى البطلان هى دعوى ضمان استحقاق استبق إليها المشترى يقتضى أن تكون مدة التقاوم لا عشـــر سنوات كما هو الأمـر فى القانون الفرنسى، بل ثلاثيـــن سنه ،هذه هى مدده التقادم فـى القانون الفرنسى فى دعـــوى الضمان . فلا بـد إذ ن أن يختلط، فى دعوى بطـــلان بيع ملك ، معنى الضمان بمعنى البطـــلان)).

٢٩) بيع ملك واستحالة تنفيـــذه : يرى البعض (بـــودرى وسينيـا) (٢) بيع ملك الغير مشوب بعيب أصلـــى هو استحالة تنفيـذه، وأن هذه الاستحالة تنطـوى علـــى

(١) راجع: *Plani l et Ripert (Kar J. Hamel) op. cit. No. 45*
وأيضا د. السنهورى ـ المرجع السابق ص ٢٤٨ وما بعدهـــا بند ١٥٧ . والمراجع التى أشار إليها. بيدان جـ ١١ ف ١٠٤ بلاينول، وريبير وبولانجيه جـ٢ فـ ٢٣١٧.

(٢) فـــ ١١٨٠ عــ ١١١

خطأ في جانب البائع إذ التزم بما لا يستطيع تنفيذه.
فالبطلان الذى يقوم على هذا الأساس إنما هو بطلان لمصلحة المشترى فهو بطلان نسبي وتقرب آثاره من آثار البطلان للغلط.(١)

٢٩م) **بطلان بيع ملك الغير وتحول العقد:** يرى الدكتور سليمان مرقس ان (المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير في المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقا تشريعيا لنظرية تحول العقد الباطل ، تجاوز فيها بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية العاقدين المحتملة الى التحول، إذ فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة الى التحول فرضا غير قابل لاثبات العكس ، دون أن يفرض مثل ذلك في نيه المشترى)(٢)

وتوضيحا لذلك يقرر الفقيه الكبير ان بيع ملك الغير يقع باطلاً بطلانا مطلقاً لان المحل مستحيل استحالة مطلقة في ظل الظروف الخارجية التى تحيط بالبائع . وطبقا لنظرية تحول العقد يتحول بيع ملك الغير من بيع بنقل

---

(١) السنهورى المرجع السابق ص ٢٧٨ هامش .
(٢) د. سليمان مرقس ـ البيع ـ فقرة ١٢٨ ـ ص ٤٦٢.

الملك حالاً الى بيع ينشىء فقط التزامات ، وذلك متى تبين ان النية المحتملة للطرفين كانت تتجه الى ذلك لو كانا علما عدم امكان انعقاد العقد الأول لأن المبيع غير مملوك للبائع. والمشرع افترض فرضا لا يقبل اثبات العكس وهذا الفرض هو اتجاه النية المحتملة للبائع إلى تحول عقد البيع وفقا لما تقدم. أما بالنسبة للمشترى فان افتراض انصراف نيته إلى التحول فهو يقبل اثبات العكس، والعكس يثبت اذا تمسك بابطال البيع.(١)

٣٠) رد الدكتور السنهورى : ويأخذ الدكتور السنهورى على هذا الرأى أمرين :

---

(١) ولذلك يقول الدكتور سليمان مرقس (وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير في المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقا تشريعيا لنظرية تحول العقد الباطل، تجاوز فيها بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية العاقدين المحتملة إلى التحول إذ فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة إلى التحول فرضا غير قابل لاثبات العكس ، دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشترى) ف ٢٨ ص ٦٢ في البيع.

أولاً :

القول بان بيع ملك الغير هو فى أصله باطل بطلانا مطلقاً يتعارض تعارضا واضحا مع صريح نصوص التقنين المدنى المصرى، فقد بينا أن هذه النصوص قاطعة فى أن بيع ملك الغير قابل للابطال لا باطل بطلانا مطلقا.

ثانيا :

والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشىء للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة فهذه تقتضى أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد - لا بعد ذلك - الى العقد الجديد بدلا من العقد الباطل. ونية المشترى المحتملة تستعصى على هذا التأويل. فإما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا الى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز اثبات العكس، وينبغى ألا يجوز تبعا لذلك للمشترى أن يطلب ابطال البيع. واما الا تكون قد أنصرفت الى العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول، وينبغى ان يبقى البيع باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح.(1)

(٢) بيع ملك الغير والعقد الموقوف :

ويرى الدكتور شقيق شحاته انه (تقاربت آراء الشراح فى طبيعة

---

(1) د. السنهورى - المرجع السابق - ص ٢٥٠ وما بعدها - بند ١٥٧ وفى هذا المعنى البيع د. منصور مصطفى منصور ص ٢٥٤، وما بعدها.

البطلان الذى يلحق ببيع ملك الغير . على ان الرأى الصحيح هو ان بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ فى حق المالك .. وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كأنه عديم الأثر فيما بين المتعاقدين . وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلانا مطلقا او نسبيا، فالعقد يعتبر فى هذه الصورة عقدا موقوفا. والعقد الموقوف يتوقف أثره على الاقرار الصادر من المالك ، فاذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى المالك، واذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان).(١)

٣٢) رأى د. السنهورى بخصوص بطلان بيع ملك الغير :

ورغم ان الدكتور السنهورى يرى انه من وجهه السياسة التشريعية تفضل نظرية العقد الموقوف - بكثير - على نظرية العقد القابل للابطال فى بيع ملك الغير.(٢) الا انه ينعقد الرأى المتقدم من ناحيتين هما :

أولا : لو كان بيع ملك الغير عقد موقوفاً لما أنتج

---

(١) د. شفيق شحاته - النظرية العامة للتأمين العينى - جـ ١ - فقرة ٩٢

(٢) د. السنهورى - مصادر الحق فى الفقة الاسلامى - جـ١ ص ٢٠٥ وما بعدها.

أى أثر قبل ان يجيزه المالك الحقيقى، كما تقضى بذلك أحكام الفقه الاسلامى. ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره فى الحال، شأن أى عقد قابل للابطال، ولا يبطل الا اذاطلب المشترى ابطاله. ثم ان المشترى يملك الاجازة ، والعقد الموقوف فى الفقه الاسلامى لا يجيزه الا المالك الحقيقى.

ثانيا : نظرية العقد الموقوف اذ أمكن الأخذ بها فى القانون المصرى عن الفقه الاسلامى باعتباره مصدرا من مصادر هذا القانون (م ٢/٢مدنى)، فذلك لا يكون الاحيث لا يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه. ولذلك قد يصح الأخذ بها فى مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة، فيكون تعاقده موقوفا على اجازة الموكل، اذ لا نص يمنع من الأخذ بها. أما هنا فيوجد كما رأينا نص تشريعى صريح يجعل بيع ملك الغير عقداً قابلا للابطال لا عقدا موقوفا، فيجب فى هذه الحالة اعمال النص الصريح.(١)

---

(١) د. السنهورى ـ الوسيط ـ المرجع السابق ص ٢٥٢ بند ١٥٨.

المطلب الثاني

بطلان بيع ملك الغير

انشأه القانون بنص خاص

٢٣) اجمال:

بينما تدور الآراء السابقة حول ايجاد السند القانونى لبطلان بيع ملك الغير من خلال الافكار التقليدية نجد أن البعض يذهب إلى أن هذا البطلان أنشأه القانون بمقتضى نص خاص.

٢٤) رأى د. السنهورى: بطلان بيع ملك الغير والأصل التاريخي:

اذ يذهب الفقيه الكبير السنهورى الى انه لا يسعنا ازاء تضارب الآراء فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير، الا

أن نرجع الى الأصل التي يخي لهذا البطلان .

كان بيع ملك الغير في القانون الروماني صحيحا ، لأن البيع في هذا القانون لم يكن من طبيعته نقل الملكية، بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع الى المشترى وأن يضمن له دوام هذه الحيازة دون تعرض من أحد . (١) وغير المالك قد يستطيع ان يقوم بذلك ، ومن ثم كان بيعه صحيحا. وكان يترتب على ذلك ان المشترى لشيء غير مملوك للبائع لا يستطيع أن يرفع دعوى ضمان على البائع الا اذا تعرض له المالك الحقيقي، فيبقى قبل هذا التعرض مهددا دون أن يستطيع شيئا قبل البائع. واستمرت الحال على ذلك في القانون القديم، رغما من ان البيع أخذ يتدرج في طبيعته الى عقد ناقل للملكية. ثم لما قرر التقنين المدني الفرنسي ، ومن بعده التقنين المدني المصرى القديم والجديد بعبارة حاسمة أن البيع ينقل الملكية، أصبح بيع ملك الغير منافيا لطبيعة عقد البيع. فنص المشرع على جعل هذا البيع قابلا للابطال لحماية المشترى ، فيستطيع هذا، قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي ، أن يبادىء البائع بطلب ابطال البيع، فلا يبقى مكتوف اليدين ينتظر تعرض المالك الحقيقي حتى يتمكن من تصحيح موقفه.

---

(١) بودرى وسيتياف ١١٦، بلا نيول وريبير و هامل ١٠ ف ٤٥

فالعلة اذن في كون بيع ملك الغير قابلا للابطـــال هي منافاة هذا العقد لطبيعة البيع. ولكن العلة وحدها لا تكفى، فمنافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع قد تكون علة معقولة للبطلان ولكن ليس في القواعد العامة ما يجعل منها سببا لابطال العقـد فسبب ابطال العقد، وفقا للقواعد العامـة ، ليس الا نقـص الاهلية أو عيبا من عيوب الرضاء. لذلك كان لا بد من نـص خاص ينشيء بطلان بيع ملك الغير، ويستند الى العلـة المعقولة التي قدمنـاها ، وقد وجد هذا النص. فهو نص منشيء للبطلان لا كاشف عنه، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن بيـع ملك الغير قابل للابطال، بل لوجب القول بأن صحيح ولكنـه قابل للفسخ لعدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية".

ويضيف الدكتور السنهوري ان (اكثر الفقهاء يفترضـون ان النص ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ، ثم يبحثون فـي نطاق هذه القواعد عن سبب البطلان، فيحتـدم الخـلاف بينهم ويتضاربون. والواقع من الأمر أن البطلان هنا خـاص بالبيع، أنشأه نص تشريعي خاص، لعلة معقولة هي منافـاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع. ومن ثم كانت قواعد هـذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة فـي البطلان. من ذلك أن بيع ملك الغير يجيزه المالك الحقيقـي ويلقلب صحيحا أذا أصبح البائع مالكا للمبيع ، مع أن العقـد القابل للابطال لا ينقلب صحيحاً الا اذا أجازه العاقـد

الذى تقرر البطلان لمصلحته ،وهو هنا المشترى . فلا بد اذن من القول بان بطلان بيع ملك الغير خاص بعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة، وقد أنشأه نص تشريعي صريح واستند فى انشائه الى علة معقولة.(١)

وكان الدكتور السنهورى سبق وان أبدى ذات الرأى فى كتابه عقد الايجار حيث يقول: (بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا، ولكن هذا البطلان غير مستمد من القواعد العامة، لانه خاضع فى مصدره وفى أحكامه الى مبادىء أخرى خاصة به. فمن العبث اذن ان نحاول البحث فى القواعد العامة على ما يستند اليه بطلان بيع ملك الغير. أما العلة فى البطلان فراجعة الى أن البيع ناقل بطبيعته للملكية، ولم يكن كذلك من قبل. فقد كان البائع فى القانون الرومانى لا يلتزم بنقل الملكية بل ينقل مجرد الحيازة ، ولذلك كان بيع ملك الغير صحيحا.

واستمر الحال كذلك فى القانون الفرنسى القديم، مع الالتجاء الى بعض أوضاع تسهل نقل الملكية. أما فى القانون الفرنسى الحديث فقد تقرر أن البائع يلتزم بنقل الملكية،

---

(١) د. السنهورى ـ الوسيط ـ المرجع السابق ـ ص ٣٥٣ بند ١٥٨. نفس المعنى ـ د. حامد زكى ، د. أحمد نجيب الهلالى ص ١٦٦ وقرب د. اسماعيل غانم ص ١٥ ، انور سلطان ص ٢٩١ وبعدها بلانيول وريبيروهامل ١٠ ص ٤٩ وبعدها.

لذلك تغيرت طبيعة البيع، وأصبح بيع ملك الغير مناقضا لها.
ولاحظ واضعو قانون نابليون هذا التغيير، فرتبوا عليه
نتيجته المنطقية وهى بطلان بيع ملك الغير. ولم تكن علة
البطلان - وهى تناقض بيع ملك الغير مع طبيعة البيع - على
وجاهتها بكافية وحدها فى تقرير البطلان من الوجهة القانونية
ولانها لا تستند الى مبدأ عام يطبق على جميع العقود.
وكان لابد من نص صريح ينشىء البطلان ويخلقه، فالمواد
١٥٩٩/٢٣٣/٢٦٤ تعتبر نصوصا منشئة لا مقررة، بحيث لو
كانت غير موجودة لما جاز القول ببطلان بيع ملك الغير
حتى مع بقاء علة البطلان المشار اليها (وهذا هو الأمر
فى القانون الالمانى) - ونرى مما تقدم أنه حتى يكون ايجار
ملك الغير باطلا، يجب وجود نص خاص بذلك ، ولا يصح
القياس على البيع - وفى الوقت الذى كان بيع ملك الغير
فيه يعتبر صحيحا، كان يترتب على ذلك ان المشترى
لا يستطيع ان يحرك ساكنا قبل ان يتعرض له المالك
الحقيقى. فلما أصبح البيع ناقلا للملكية، كان هذا كافيا
لاخراج المشترى من هذا المأزق حتى ولو لم يتقرر بطلان
بيع ملك الغير، لانه كان يستطيع طلب فسخ البيع مادام
البائع لم يقم بالتزامه من نقل الملكية ولكن المشرع - مراعاة
للاعتبار المتقدم وهو أن تغيير طبيعة عقد البيع وصيرورته
عقدا ناقلا للملكية يستلزم منطقيا بطلان بيع ملك

الغير ـ قـــرر ايضا هذا البطلان . فأصبح المشترى بالخيـار بين أن يلجأ الي الاحتماء بالمبادىء العامة ويطلب الفسخ ـ بعد أن يجيز البطلان ولو ضمنا ... وبين ان يلجأ الــــى الحماية الخاصة التي اعطاها له القانون بالنص الخاص بالبطلان ليطلب بطلان العقد، والفرق واضح بين دعوى الفسخ ودعـــوى البطلان)[١]

٣٥) رأى د. حامد زكـي:

ورغم ان الدكتور حامد زكي يرى أن بطلان بيع ملـــك الغير لا يعد تطبيقا للقواعد العامة إذ أنشأه المشرع بنـــص خاص، الا انه يرجع علة البطلان (الى ان المقصود من عقد البيع هو حصول المشترى على الملكية وانتقالها اليــه ، سواء تم هذا الانتقال وقت الاتفاق او كان متراخيا الـــى حين حصول التسجيل ، فمن يبيع ملك غيره ليس فـي مقـــدوره أن يحقق المقصود من عقد البيع وهو انتقال الملكية، ولذا أبطل المشرع تصرفه)[٢]

---

(١) د. السنهورى ـ عقد الايجار ـ سنه ١٩٢٩ هـ ٣ ص ١٠٨.

(٢) أ.د. أحمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي ـ شرح القانـــون المدني ـ ط ٢، ١٩٥٤ ص ١٦٦ ويعترض على ذلك الدكتـــور السنهورى على أساس انه لايرى فرقا في استظهار علـــة البطلان ، بين القول بان ذلك راجع الى ان البيع ينشـــىء التزاما بنقل الملكية فتتناقض طبيعته مع بيع ملك الغيـــر.

٣٦) رأى منصور مصطفى منصور:

في حين ان الدكتور منصور مصطفى منصور يرى - على عكس ما تقدم - ان بطلان بيع ملك الغير لا يستند الى أى اساس فني، اذ يقرر (ويبدو لنا ... ان نص المشرع على قابلية ملك الغير للابطال دون النص على مثل هذا الحكم بالنسبة للعقود الأخرى كالايجار مثلا، لا يستند الى أى أساس فني. وإنما هو حكم اقتضته السياسة التشريعية، وقد تأثر فيه المشرع المصرى بمسلك القضاء الفرنسى الذى لم يلتزم حدود النص ، وخرج عما قصده واضعوا قانون نابليون الذين يبدو انهم كانوا يقصدون تقرير البطلان المطلق ... ولهذا تنتهى الى أنه لا يوجد أساس فني يبرر ابطال بيع ملك الغير. وربما كان مسلك القضاء الفرنسى الذى تأثر به المشرع المصرى قد جاء نتيجه الرغبة في تكملة أحكام ضمان الاستحقاق... ولهذا نجد المحدثين من الشراح الفرنسيين يقولون ان دعوى ابطال بيع ملك الغير ليست الا اعمالا لضمان الاستحقاق قبل ان يتحقق التعرض

- والقول بأن ذلك راجع إلى ان المقصود من عقد البيع هو أن يحصل المشترى على الملكية ومن يبيع ملك غيره لا يحقق هذا المقصود، فالتعبيران وان كانا مختلفين ينطويان على فكرة جوهرية واحدة) .

(د. السنهورى - الوسيط.. المرجع السابق - هـ (٢) بند ١٥٨ ص ٣٥٦ .) .

الفعلى، او انها تكملة لاحكام الضمان)[١]

٢٧) رأينا فــي الموضوع :

وفــى أعتقادنا أن قابلية بيع ملك الغير للابطال ـ وفقا للرأى محل إلبحث ـ مقــر ر بنص خاص انشأه المشرع لعلــة معقولة هو أقرب الحلول للصحة، إذ أن سائر الحلول الأخــرى لا تنطبــق على كافة الاحكام التى قررها المشرع لتنظيم بيــع ملك الغير، وبمعنى آخر ان أية محاولة مــن المحـــــاولات السابقة ـ لادخال بيع ملك الغير داخل اطار القواعد العامــة لا توفق تماما فى ذلك ؛ الأمر الذى يمكن معه القول بــــان القابلية للابطال هنا مقــررة بنص خاص لعلة معقولة هـــــى منافــاة بيع ملك الغير مع طبيعة عقد البيع الذى صــــا من خصائصه نقل الملكية ، إذ ان هذا النقل يستحيل على البائع القيام بــه.إذن لا مفــر من القول بأن بطلان بيـــع مالك الغير بطلان خاص بعقد البيع قد أنشأه نــص تشريعى واضح وصريح مستندا فى إنشائه إلى عله معقولة وهى منافــــاة هذا العقد لطبيعة البيع ومقتضياته المترتبة عليه.

---

(١) د. منصور مصطفى منصور ـ مذكرات فى العقود المسماة البيع والمقايضة والايجار ـ ١٩٥٧ ص ٢٦٣ وما بعدها.

المطلب الثالث

بطلان بيع ملك الغير
و
التسجيل

---

٣٨) النصوص القانونية :

تنص المادة ٤٦٦ /١ من التقنين المدنى على انه :

(١ ـ اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب ابطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد او لم يسجل).

كما تنص المادة الاولى من قانون التسجيل على ان :

(جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض او بغير عوض التى من شأنها انشاء ملكية . . يجب شهرها بواسطة تسجيلها)

وتنص المادة (٩) من قانون الشهر على ان

(جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب شهرها بطريق التسجيل).

٣٩) طبيعة بيع العقار وقانونى التسجيل والشهر:

لم يكن من شأن صدور قانون التسجيل ولا قانون الشهر تغيير طبيعة بيع العقار، إذ ان هذا البيع يترتب عليه نقل الملكية بغض النظر عن تسجيل البيع من عدمه.

ومعنى هذا ان بيع العقار قبل تسجيله ينتج عنه نقل الملكية ، فمن طبيعته ذلك ، وعليه فانه ينشىء التزاما بنقلها على عاتق البائع.

اما بيع عقار الغير فهو منافى لطبيعة عقد البيع ، وعلة بطلانه موجودة سواء سجل او لم يسجل وهذا ما حرص على النص عليه المشرع فى المادة ٤٦٦ المشار اليها.

وترتيبا على ذلك فان بيع عقار الغير يكون باطلا نسبيا سواء سجل العقد او لم يسجل.

فالتسجيل لا يغير من صحة العقد أو من طبيعته.

٤٠) رأى : . بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل :

ورغم ذلك يذهب البعض الى ان بيع عقار الغير يتسم بالصحة قبل التسجيل إلا انه قابل للابطال بعده.(١)

وهذا القول محل نظر فالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى تقرر ان التسجيل لا ينتج عنه ابطال عقد صحيح ولا تصحيح عقد باطل، فاذا كان بيع عقار الغير صحيحا قبل التسجيل فيتعين ان يكون كذلك بعده ؟ نظرا لان بيع عقار الغير باطلا بطلانا نسبيا قبل التسجيل ، فانه بعد التسجيل يكون كذلك أيضا.(٢)

(٤) رأى ثاني : بيع عقار الغير صحيحا قبل التسجيل وبعده:

ويذهب البعض ارتكازا على علة بطلان بيع ملك الغير الى القول بانه نظراً لان هذه العلة ـ وفقا لوجهة نظرهم ـ هى ان الملكية فى البيع يتعين انتقالها فى الحال، بيد ان من يبيع ملك الغير لا ينتج عنه هذا الأثر. ونظراً

(١) د. أحمد نجيب الهلالي ـ فى مؤلفه بالاشتراك مع د. حامد زكى ـ السابق ـ فقرة ١٧٠ وما بعدها.

(٢) انظر :

د. السنهورى : المرجع السابق . والمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعه الأعمال التحضيريه جـ ٤ صـ ١٩٣

لزوال هذه العلة بصدور قانون التسجيل، فان سبب البطـــلان ينتفـى . وعليه يكون وفقا لهذا الرأى بيع عقار الغير صحيحاً قبل التسجيل وبعده.(١)

٤٢) الرد علـــى هذا الرأى :

ويمكن الرد على ذلك بانه من الممكن ان تتجـه ارادة المتعاقدان الى نقل الملكية حالاً ، الا انها لا تنتقل بالفعـــل لسبب خارج عن ارادتها. فبالنسبة للبيع غير المسجل لا يزال نيه المتعاقدان تتجه الى نقل الملكية حالاً ، بيد انـــــه يمنع ذلك ضـرورة التسجيل الذى أوجبه القانون لا ارادة الاطراف . فتظل عنه البطلان – وهي قصد نقل الملكية حالاً – متوافرة بخصوص بيع عقار الغير قبل التسجيل، ومن ثم يكون البيع باطلاً بطلانا نسبيا.(٢) وهو ما نصت عليه صراحة م ١/٤٦٦.

---

(١) د. حلمى بهجت بدوى – مقال مجلة القانون والاقتصاد س ١ ، ص ٥٩٨ وما بعهدا.

(٢) راجع:
د. أنور سلطان : عقد البيع فقـــرة ٤٠)
د. سليمان مرقس – موجز في البيع والايجار – فقرة ٢٨٢
د. عبد المنعم البدرواي – عقد البيع فى القانون المدنى ١٩٥٦ فقرة ٢٩١ . د. حامد زكي – مؤلفة بالاشتراك مع د. احمد نجيب الهلالى – السابقة فقره ١٧٤ وما بعدها د. السنهـــورى فى الوسيط المرجع السابق ، ونظرية العقد ص ٦١١

ولذلك يقول الفقيه الكبير الدكتور السنهوري[1] (هذا ويلاحظ أن بيع ملك الغير في مصر لا يزال باطلا حتى بعد صدور قانون التسجيل الحديث لأن البيع لا يزال من طبيعته نقل الملكية. إذ هو يولد التزاما في جانب البائع بنقل الملكيه. وإن كانت لا تنتقل الا بالتسجيل. وعلى ذلك فاتناقض بين بيع ملك الغير وطبيعه البيع لايزال موجودا والنص المنشيء للبطلان لم يلغه قانون التسجيل . ومن ثم قلنا ببطلان بيع ملك الغير سواء قبل تسجيل العقد أو بعد التسجيل)[1].

وهذا ما نميل إليه تمشيا مع العقل والمنطق والنصوص فلا يصح في نظرنا القول بأن بيع ملك الغير صحيح قبل تسجيل العقد باطل بعدة.

(١) عقد الايجار المرجع السابق ص ١٠٨

المبحث الثالث

احكام بيع ملك الغير

٤٣ ـ تقسيم وخطة البحث .

٤٣) تقسيم وخطة البحث :

اذا كان عقد بيع ملك الغير كأى عقد له طرفين البائع والمشترى، الا ان هناك المالك الحقيقى لا يمكن اغفاله كلية بخصوص احكام هذا البيع.

لذا فاننا سنبين احكام بيع ملك الغير بالنسبة للمتعاقدين فى مطلب اول، وبالنسبة للمالك الحقيقى فى مطلب ثان.

وعليه سينقسم هذا المبحث الى المطلبين الآتيين:

الأول : فى احكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين.

الثانى: فى احكام بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقى

المطلب الأول
احكام بيع ملك الغير
فيما بين المتعاقدين

٤٤ ـ تقسيم وخطة البحث .

٤٤) تقسيم وخطة البحث :

يتأرجح بيع ملك الغير بين الصحة والبطلان، ولكل حالة من هاتين الحالتين لها أحكامها الخاصة بها. ثم ان هناك أحكام لبيع ملك الغير غير مرتبطة بالصحة او البطلان ، بمعنى انها تطبق في كلتا الحالتين.

ولذا سينقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع هي:

الأول : أحكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين والقابلية للابطال.

الثاني: احكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين وزوال الابطال.

الثالث : احكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين المستقلة عن الابطال والصحة.

الفـــــرع الأول

احكام بيع ملك الغيـــــر

و

والقابلية للابطـــــال

٤٥) اجمـــال:

تجمل أحكام بيع ملك الغير بخصوص القابلية للابطـال فى ان للمشترى طلب الابطال، والتعويض وسنتحدث عن كـل فيما يلـــى:

٦) طلب المشترى إبطال بيع ملك الغيـــر :

طلب ابطال بيع ملك الغير حق يكون للمشترى وحـده [(١)]، ولا يكون ذلك للبائع حتى لو كان حسن النية وقت ابـــرام العقد باعتقاده انه المالك الحقيقي للمبيع، بيد انه لـــو توافرت الشروط المتطلبة للتمسك بالغلط كان للبائع طلـــب ابطال البيع تأسيساً على ذلك لا على اساس احكام بيـــع ملك الغير.[(٢)] وفقا لما تقتضى به القواعد العامة فى البطـــلان (م ١٢٨ مدنى) فضلا عن القواعد الخاصة [(٢)].

---

(١) نقض مدنى ١٤/٣/١٩٦٣ مجموعة النقض المدنى ١٤ـ ٤٥ ـ ٣٩٨.
نقض مدنى ١٨/٤/١٩٦٨ مجموعة النقض المدنى ١٩ـ١٣ ١ـ ٧٨٠.
د. عبد الودود يحيى السابق ص ١٧٦.
د. محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ـ ص ٧٦ بند ٥١.
د. السنهورى ـ الوسيط المرجع السابق ص ٣٥٩ وما بعدهـــا بند ١٦١.

(٢) د. منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ـ ص ٢٤٨ بند ١١٤.
د. اسماعيل غانم ـ المرجع السابق ص ٢٧.
د. محمد لبيب شنـب ـ المرجع والموضـع السابقين.
د. انور سلطان ود. جلال العدوى ـ الموجز فى العقود المسمـاه الجزء الاول ـ البيع ١٩٦٤ ـ ص ١٨٢ بند ٢٥٦.
د. جميل الشرقاوى شرح العقود المدنية ـ الجزء الاول البيـــع المقايضة والايجار ١٩٦٤ بند ٤١ ص ١٠٠.
د. عبد الودود يحيى دروس فى العقود المسماة ص ١٧٨.
قارن عكس ذلك : Baudry et saignat: op.cit. p.111.No.118

غير ان جانب من الفقه يذهب الى حرمان البائع من طلب ابطال البيع مطلقا، أى سواء أكان حسن النية او سيء النية ، تأسيساً على ان طلب الابطال مقرر لمصلحة المشترى وحده، ولان البائع مقصر فى بيعه مالا يملكه حتى لو كان حسن النية.(١)

وطلب المشترى هنا للابطال حق مقرر سواء اكان محل العقد عقارا أم منقولا، تم تسجيلة أم لا. تعرض له المالك الحقيقى أم لم يتعرض له. أصابه ضرر أم لا. تم البيع اجباريا أم اختياريا.

فبيع المزاد ولوتم جبرا لا ينقل للمشترى أكثر مما كان للبائع من حقوق على المبيع.(٢)

---

(١) انظر: *Baudry et Saignat: op.cit No.119,p.111 ets.*
Planiol et Ripert (par Ha;el). op.cit No. 98, p.51.

د. انور سلطان ـ المرجع السابق ـ فقرة ٤٠٦
د. سليمان مرقس ـ المرجع السابق ـ فقرة ٢٧٠
د. عبد المنعم البدراوى ـ المرجع السابق ـ فقرة ٣٩٩

(٢) د. عبد الناصر العطار ص ١٠٣ السابق.

اما المالك الحقيقى فلا يكون له طلب ابطال عقد البيع المذكور لانه غير طرف فى هذا العقد[1] كما أن البطلان مقرر لحماية المشترى لا لحماية المالك الحقيقى، كما انه لا يحتج عليه بالبيع لعدم نفاذه فى حقه.[2]

ويرى غالبية الفقهاء ان المشترى له الحق فى طلب ابطال البيع، بغض النظر عن علمه ـ وقت ابرام عقد البيع ـ بعدم ملكية البائع للمبيع، فلا يشترط حسن نية المشترى، وذلك لان القانون اشترط حسن نية المشترى أى جهله بعدم ملكية المبيع للبائع للحكم على هذا الأخير بالتعويض (م٤٦٨) فى حين انه لم يتطلب ذلك بالنسبة لطلب الابطال (م٤٦٦)[3] وقضت بذلك محكمه إلنقض.[4]

الا ان الدكتور محمد لبيب شنب يرى عكس الرآى المتقدم، وذلك" لانه اذا كان المشترى يعلم بعدم ملكية المتعاقد معه، فان العقد لا يكون بيعا.... وبالتالى فلا يكون باطلا، وعلى ذلك فلا يثبت للمشترى الحق فى طلب الإبطال إلا إذا كان حسن النية يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، ولاوجه لإعطاء (المشترى) الذى يعلم بعدم ملكية (البائع) للمبيع الحق فى الإبطال، ولا يكفى لذلك مجرد الاستناد إلى

---

(١) عرائض ١٩٣٤/١/١٥ دالوز ١٩٣٤ ـ ١٩٧.
مدنى ١٩٥٨/١/١٧ دالوز ١٩٥٨ ـ ١٩ص١٩٥٨ ـ ٦١٩.

(٢) راجع : *Planiol et Ripert (par Hamel): op. cit.*

(٣) راجع : د. انور سلطان وجلال العدوى ـ المرجع السابق ص ١٧٥.

نصوص القانون، فالمادة ٤٦٨ تتكلم عن التعويض ، ولذلك فمن الطبيعى أن تشترط لاستحقاقه حسن نية المشترى. اما المادة ٤٦٦ (فتتكلم) عن حكم بيع ملك الغير، واعتبار هذا العقد باطلا يتطلب تكييفه بانه بيع ، والعقد الذى يعلم فيه طالب اكتساب الملكية بعدم ملكية المتعاقد معه لا يعتبر بيعا،

- بند ٢٤٩

د. منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص ٢٤٧ بند ١١٤.
د. اسماعيل غانم ـ المرجع السابق ـ ص ٢٧.
د. محمد على امام (بالاشتراك مع د. سليمان مرقس) ص ٤٤٨/١٠٤ ـ بند ٢٦٩، د. جميل الشرقاوى ـ المرجع السابق ـ ص
د. خميس خضر ـ المرجع السابق ـ ص ٢٧٢.
وراجع ايضا:
د. السنهورى ـ الوسيط ـ المرجع السابق ـ ص ٣٦٠ ـ بند ١٦١.
حيث يرى أن (للمشترى ان يتمسك بابطال البيع حتى قبل ان يتعرض له المالك الحقيقى، وحتى لو كان يعرف وقت البيع ان البائع لا يملك المبيع فهو انما رضى بالبيع معتقدا ان البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع فينقلها اليه ،

فاذا تبين له ان البائع لا يستطيع ذلك ، فليس عليه ان ينتظر حتى يتعرض له المالك لحقيقى، بل له ان يبادر الى المطالبة بابطال البيع. وهذه هى المزية الجوهرية فى ان المشرع قد نص على جعل بيع ملك الغير قابلا للابطال لمصلحة المشترى ....)

(٤) نقض مدنى ١٩٦٧/٨/١٥ ـ مجموعة النقض المدنى ١٨ ـ ٢٢٥ ـ ١٥٠٠.

وبالتالي لا يد... في نطاق المادة ٤٦٦ أصلا؟ (١)

٤٧) رأينا في الموضـــوع:

وفي اعتقادنا ان هذا الرأى الأخير هو الأقرب للصحـــة ، وذلك لأن الشخص الذى يقدم على شراء شيء يعلم بعـــــدم ملكيته لا يكون أهلا للحماية القانونية المقـررة وفقا لأحكـــام بيع ملك الغير . وهذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان نية هــذا الشخص لا تتجه الى نقل الملكية في الحال لعلمه بعدم امكـــان ذلك في ظل الظـروف المحيطة بالتعاقـد .

٤٨) تمسك المشترى بابطال البيع : صـــوره وأثـره :

وتمسك المشترى بابطال البيع ، إما أن يكون ذلـــك فـي صورة دعوى أو دفع، أى دعوى إبطال برفعها ضد البائـــع بغية استرداد الثمن او ليستبق دعوى ضمان الاستحقاق ، امـــا الدفع فيمكن ان يدفع به المشترى اذ رفع البائع عليه دعـــوى يطالبه فيها بالثمن . (٢)

(١) د. محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ـ ص ٧٦ ـ بند ٥١
د. عبد الناصر العطار المرجع السابق ص ١٠٣ حيث يقـــول (ولذلك يجب في بيع ملك الغير أن يكون المشترى حســـن النيه اى غير عالم بأن المبيع مملوك لغير البائع حتى يكـــون له طلب ابطال بيع ملك الغير) .

(٢) راجع *Aubry et Rau (par p. Esmein): Cours de droit civil francais, T.V.5 e;e el. 1947 No.351, P.40.*
Baudry et Saignat . op.cit., No.199, p.111.
Planiol et Ripert (par J.Hamel) : op. cit. No., 48, p.50

وقيام المشترى برفع دعوى الابطال[١]، ينتج عنه ثبوت حقه في ابطال البيع. ومادام المشترى رفع دعواه قبل اقرار المالك الحقيقي البيع، او قبل ان يصير البائع مالكا للمبيع، يتعين على القاضى الحكم له بالابطال، ومرد ذلك ان القاضى يرتد حكمه الى وقت رفع الدعوى، وفي هذا الوقت كان البيع باطلاً بطلانا نسبياً، والمالك الحقيقي لم يكن قد اقر البيع، وكان البائع غير مالك للمبيع.[٢]

٤٩ ـ مدة سقوط دعوى الابطال:

ولكن ما مدة سقوط دعوى الابطال؟

يذهب الدكتور سليمان مرقس الى ان (المادة ٦٦) لم تتضمن حكما للتقادم خاصا بهذا الحق، فتسرى عليه الاحكام العامة. غير ان المادة ١٤٠(التى حددت مدة تقادم دعاوى الابطال بثلاث سنوات قد عينت فى كل حالة من حالات الابطال مبدأ هذه المادة ، وهو تاريخ كشف الغلط او التدليس او انقطاع الاكراه او زوال نقص الاهلية ، ولم تحدد مبدأ لمدة تقادم دعوى ابطال بيع ملك الغير فيتعين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت ابرام العقد ، وبأن الحق فى رفع هذه

(١) وغنى عن الايضاح ان دعوى الابطال تختلف عن دعوى الفسخ او دعوى ضمان الاستحقاق.

(٢) د. السنهورى ـ الوسيط ـ المرجع السابق ـ ص ٣٦٠ بند ١٦١.

الدعوى لا يتقادم بمضى ثلاث سنوات لان المشرع لم يأخذ بالمدة الأخيرة الا فى الحالات التى حدد فيها مبدأ لهذه المدة المدة تاليا لوقت ابرام العقد. أما حيث تبدأ المدة من وقت العقد، فان التقادم لا يتم الا بخمس عشرة سنة)[١]

ويعرض على ذلك الدكتور السنهورى على اساس ان (المواد ١٣٨ ـ ١٤٠ مدنى جاءت العبارة فيها عامة تشمل جميع العقود القابلة للابطال أيا كان سبب البطلان ، فيدخل فيها بيع ملك الغير، ويسقط الحق فى ابطال هذا البيع بثلاث سنوات (م ١/١٤٠ مدنى) ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدنى لم تحدد مبدأ سريان التقادم ـ ويستخلص منها ان بدأ السريان لا يكون الا عند تمكين صاحب الحق فى الابطال من رفع الدعوى ـ فيجب القول بان التقادم فى حالة بيع ملك الغير لا يبدأ سريانه الا من وقت تمكين المشترى من رفع دعوى الابطال أى من وقت علمه بان البائع لا يملك المبيع، وقياسا أيضا على الحالات المتقدمة الغلط والتدليس والاكراه ـ تسقط دعوى الابطال أيضا بانقضاء خمس عشرة سنه من وقت صدور بيع ملك الغير. وليس صحيحا أن مدة الثلاث سنوات تبدأ دائما من وقت تال لابرام العقد، فقد تبدأ من وقت ابرام العقد، كما اذا انقطع الاكراه بمجرد تمام العقد

(١) د. سليما مرقس ـ المرجع السابق ـ فقرة ٢٦٩ ـ ص ٤٤٩ وما بعدها.

فتتقادم دعوى الاكراه بثلاث سنوات من هذا الوقت ، وكما إذا كان المشترى في بيع ملك الغير يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع فتتقادم الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت صدور البيع).[1]

٥٠) رأينا في الموضوع:

وفي اعتقادنا أن الرأى الثاني هو الأولى بالترجيح ؛ لأن منطق استقرار المعاملات يوجب الأخذ به وحتي تستقر المراكز القانونية الناشئة عن عقد بيع ملك الغير .

٥١) تطبيقات قضائية:

- قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا أقر المالك الحقيقي البيع قبل ان يتمسك المشترى بالبطلان باجراء صحيح ، فان البيع ينقلب صحيحاً .[2]
- كما قضت بأن للبائع أن يحتج باقرار المالك الحقيقي للبيع في دعوى الأبطال التى رفعها المشترى .[3]
- وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مجرد رجوع المشترى عن البيع في بيع ملك الغير واعلان البائع بهذا الرجوع (أى

(١) د. السنهورى - الوسيط-المرجع السابق - هـ ص ٣٦٢ حيث يحيل الى الدكتور اسماعيل غانم - مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٥٨ ص ١٨
(٢) في ١٩٣٠/١١/١١ م ٤٣ ص ١٧ - ١٩٤١/١٢/٢٥ م ٥٣ ص ١٠٨
(٣) في ١٩٢٧/٤/٢٧ - م ٣٨ - ص ٣٦٥.

حتى لو كان ذلك قبل رفع الدعوى) قبل صدور الاقرار من المالك الحقيقى يكفى لسقوط البيع، ولو أقر المالك بعد ذلك.(١)

- وعكس ذلك قضت محكمة استئناف مصر بأن اجازة بيع ملك الغير، اذا تمت بعد رفع الدعوى وقبل الحكم، تعتبر قياما من جهة البائع لملك الغير بنفاذ تعهده وهو نقل الملكية، ويصح قبول الاجازة بعد رفع الدعوى متى لم يصب المشترى ضرر من هذا التأخير، وذلك بناء على أن بيع ملك الغير قابل للفسخ.(٢)

- وقد حكمت محكمة النقض (٣) بأن بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد. وفى حكم لها آخر (وفى بيع ملك الغير للمشترى طلب ابطال البيع ، وله طلب فسخ العقد لأخلال البائع بالتزامه بنقل الملكية)(٤)

---

(١) فى ١٩١٤/٢/٢٥ م ٢٦ ص ٢٩٢.

(٢) فى ١٩٢٧/١٢/٢٠ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٩/ ٢ ص ٨٤. وبنفس المعنى الاستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص (١٧١).

(٣) نقض ١/٤ سنه ١٩٦٣ مجموعة الأحكام س ١٤ ص ٢٩٨،

(٤) نقض ١/١١ سنه ١٩٧٧ مجموعة الأحكام س ٢٨ ص ٢١١
وأنظر أحكام أخرى فى هذا المجال:
نقض ٦/١١ سنه ١٩٦٤ م س ١٥ ص ٨١٤
نقض ٥/٩ سنه ١٩٧٣ م س ٢٤ ص ٧٢٦.
نقض ٢/١٧ سنه ١٩٧٥ م س ٢٦ ص ٤٠٢.
نقض ٣/٢٩ سنه ١٩٧٩ م س ٣٠ ص ٩٨٠
نقض ١١/١١ سنة ١٩٥٤ م القواعد القانونيه حـ١ بيع رقم ١٢٦

٥٢) طلب المشترى التعويض

تلعب سوء النية او حسن النية دوراً ملحوظاً في مجال تعويض المشترى في بيع ملك الغير. فحسب سوء نية او حسن نية المشترى او البائع يتحدد مقدار التعويض.

٥٣) حسن أو سوء نيه المشتري والتعويض :

اذا كان المشترى حسن النية فله أن يطالب بتعويض ما اصابه من ضرر ويشمل ذلك ما فاته من كسب ومالحقه من خساره نتيجه ابطال البيع.[١] شريطه أن يكون حسن النية بمعنى الا يكون عالما وقت البيع بأن البائع لا يملك الشيء المبيع. (م٤٦٨ مدني).

أما إذا كان المشترى يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع فيكون له استرداد الثمن دون ثمة تعويض ، ولا حتى ما أنفقه من مصروفات بمناسبة البيع ، لانه يتحمل تبعة اقدامه على البيع مع علمه بعدم ملكية البائع له للمبيع.[٢]

(١) راجع :
د. السنهوري ـ الوسيط ـ المرجع السابق ـ ص ٣٦٣ وبند ١٦٢
د. عبد الودود يحيى المرجع السابق ص ١٧٨
د. توفيق حسن فرج عقد البيع والمقايضة ص ١٢٥ طبعة ١٩٧٩.

(٢) راجع استئناف مختلط ١٩٣٥/٢/١٢ م ٤٧ ص ١٥٠.
وايضا
Aubry et Rau (par P.Esmein) : op.cit. No. 351 marge 48
Baudry et Saignat: op.cit.No. 119.P.115
Planiol et Ripert (par J. Hamel) : op.cit.No.49.

وكذلك :د. محمد كامل مرسى البيع ـ سنه ١٩٥٣ بند ٢٣٥ ص ٤٤٩ .

بيد انه من الممكن للمشترى حتى مع علمه وقت البيع بان البائع غير مالك للبيع ـ ان يتفق على ادراج شرط فى البيع بمقتضاه يكون له الرجوع بالتعويض على البائع بالاضافة الى استرداده الثمن لدى قيام المالك الحقيقى بانتزاع المبيع من يد المشترى.(١)

٥٤) ثانيا : حسن وسوء نيه البائع والتعويض:

فى ظل التقنين المدنى السابق اتجه رأى الى عدم مسئولية البائع عن التعويض اذا كان حسن النية ، ارتكازا على النص الفرنسى للمادة ٢٣٢/٢٦٥ الذى كان يشترط للتعويض سوء نية البائع.(٢)

الا انه ازاء صراحه المادة ٤٦٨ مدنى لا يمكن الأخذ بهذا الرأى ، اذ أن هذه المادة تقضى بأنه : (إذا حكم للمشترى بابطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله

(١) *Planiol et Ripert (par Hamel):op. cit. No.49 p.53.*
Dalloz : Encyclopedie juridique, repertoire de droit civil, T.V., par :zlauri. 1955, No. 404

وايضا :
د. انور سلطان ـ المرجع السابق بند ٤٠٥.

(٢) د. احمد نجيب الهلالى ، ود. حامد زكى ـ المرجع السابق بند ١٨٦ ، بند ١٨٨ استئناف مختلط ١٩٣٠/٥/٢٧ م ٤٢ ص ٥١٨.

ان يطالب بتعويض، ولو كان البائع حسن النية)[(١)]

٥٥) <u>مصدر التعويض بعد ابطال البيع:</u>

ولكن التساؤل الذى يثور الآن يدور حول مصدر التعويض بعد ابطال البيع وتجدر التفرقة بين سوء نية البائع وحسن نيته، ففى الحالة الاولى يكون المصدر الخطأ التقصيرى، اما الحالة الثانية فيمكن الاستناد إلى نظرية الخطأ فى تكوين العقد *Culpa in contrahendo* كما انه من ناحية اخرى من الممكن القول بتحول العقد ، بمعنى أن بيع ملك الغير بعد ابطاله يتحول إلى عقد ملزم للبائع بالتعويض، تأسيساً على أن النية المحتملة للمتعاقدين لو كانا يعلمان ان البيع سيبطل فان نيتهما كانت تنصرف الى هذا الالزام.[(٢)]

---

(١) نقض مدنى ١٩/١١/١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣.
استئناف مختلط ١٢/٣/١٨٩٠م٢ ص ٢٢١.

(٢) راجع:
المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٩٣.
- د. اسماعيل غانم ـ المرجع السابق ص ١٨.
- د. منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ـ بند ١١٤ ص ٢٥٢.
- د. سليمان مرقص ـ المرجع السابق ـ بند ٢٧٦ ـ ص ٤٥٥.
- د. السنهورى ـ الوسيط ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦٥ ـ بند ١٦٢.
- د. توفيق فرج المرجع السابق ص ١٢٦.

الفرع الثانى

أحكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

و

زوال البطلان

٥٦) تقسيم واحالة :

بزوال بطلان بيع ملك الغير اما باجازة المشترى للبيع او بايلولة المبيع الى البائع او باجازة البائع للبيع وسنتحدث هنا عن الأمرين الاول والثانى .

٥٧) أولاً: اجازة المشترى للبيع:

إذا اختار المشترى عدم المطالبة بابطال البيع، واجازه صراحة أو ضمنا، [1] فان الخطر الذى كان يهدد البيع بزوال وبقى منشئاً لالتزامات فى جانب كل من البائع والمشترى. [2]

(١) راجع Baudry et Saignat: op. cit. No. 119.p. 112.

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٧٩/١/١٠ ـ مجموعة احكام النقض س ٣٠ ع١ رقم ٤٢ ص ١٧٣.

فيكون البائع ملتزما بتسليم المبيع ونقل ملكيته وضمان استحقاقه والعيوب الخفية الى آخر كافة التزامات البائع الأخرى، ويكون المشترى ملتزما بتسلم المبيع ودفع ثمنه ومصروفاته.

وبخصوص الملكية فان البيع لا ينقلها الى المشترى، وذلك لان المالك الحقيقى وهو أجنبى عن العقد لا تنتقل هذه الملكية الا برضائه، فالمادة ٤٦٦/ ٢ مدنى تنص صراحة على ان : (وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعه، ولو اجاز المشترى العقد) وبهذا حكمت محكمة النقض.(١)

ولذا يكون للمشترى ان يطالب بالفسخ ويمكن الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق اذا تعرض له المالك الحقيقى.(٢)

وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى :

(وتلاحظ الصلة الوثيقة بين [بيع] ملك الغير وضمان الاستحقاق، فان الاستحقاق اذا كان كليا كان هذا هو بيع ملك الغير، اذ يكون قد اتضح ان البائع قد باع شيئا مملوكا لاجنبى. ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لاحكام بيع ملك الغير .

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٨/٤/٨ مجموعة احكام النقض س ١٩ رقم ١١٢ ص ٧٨٠.
،، ،، ١٩٦٣/١/٤ ،، ،، ،، ،، ١٤ ص ٢٩٨

(٢) نقض مدنى ١٩٧٧/١/١١ مجموعة أحكام النقض، س ٢٨ رقم ٤٨ ص ٢١١ .

ويترتب على ذلك أن المشترى فى بيع ملك الغير يكون بالخيار، اذا استحق المبيع في يده ، بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق.

ويلاحظ أنه اذا اختار الفسخ ، فليس له ان يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع ان يطالبه به لو اختار إبطال العقد.(١)

٥٨) تطبيقات قضائية:

ولقد قضى بأن :

- بطلان عقد بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى ومن ثم فيكون له دون غيره ان يطلب ابطال العقد. ومالم يثبت ان البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فان عقد البيع يبقى قائما منتجا لاثاره بحيث يكون للمشترى ان يطالب البائع تنفيذ التزاماته ويعد هذا منه اجازة للعقد.(٢)

- بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشترى فيما لم يستعمله بالفعل بقى عقد البيع قائما منتجا لاثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها فى كل بيع تم مستوفيا لاركانه ولو حمل سببا لبطلانه =

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ـ ص ١٩٤.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٣/١/٤ مجموعة احكام النقض س ١٤ ص ٢٩٨. وقد أشار اليه د. عبد الناصر العطار فى مؤلفه السابق ص ١٠٣.

ويحل فيه الشفيع محل المشفوع منه فى جميع حقوقه والتزاماته لا يملك تعديله او تبعيض محله، ولو تبين ان المبيع كله أو بعضه مملوك للغير مما محله الرجوع على البائع لا تفريق الصفقـــة. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بالأحقية فـى الشفعة مقصورة على بعض المبيع، وحمل قضاءه على ما أنبأ بـه من ان البائعة لا تملك مما بيع غير مساحة .... وان البيع فيما خلا ذلك قد وقع على ما يملكه الغير مما هو غير جائـــز الا باجازته، ولم يجزه، فلا تجوز الشفعة فيه، فانــــــه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه.(١)

- لئن أجازت المادة ٤٤٦ من القانون المدنى للمشترى فى حالـــة بيع ملك الغير ان يطلب ابطال هذا البيع، الا أنها لـــم تمنعه من المطالبة بفسخ العقد على أساس ان البائع قـــد أخـل بالتزامه بنقل الملكيـــة.(٢)

- لئن كان صحيحا أن تسجيل عقد البيع لاينقل الملكية الـــى المشترى الا اذا كان البائع مالكا لما باعه - وبيع ملك الغير قابل للابطال لمصلحة المشترى وحده ولا يسرى فى حق المالـــك الحقيقى ولهذا المالك ان يقر البيع فى أى وقت فيسرى عندئـذ

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٩/١/١٠ مجموعة احكام النقض س ٣٠ ع ١ رقم ٣٤ صـــ ١٧٣.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٧/١/١١ مجموعة احكام النقض س ٢٨ رقم ٤٨ ص ٢١١.

فى حقه وينقلب صحيحا فى حق المشترى، كما ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد. فاذا كان الطاعنون ـ ورثة المشترى فى عقد بيع ملك الغير ـ قد طلبوا ثبوت ملكيتهم استنادا الى هذا العقد المسجل فانهم يكونون بذلك قد اجازوا العقد ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقى ان يعترض على هذا البيع ويطلب عدم سريانه فى حقه. ومن ثم فلا يكفى لعدم اجابة الطاعنين الى طلبهم ان يثبت المدعى عليهم المنازعون لهم ان البائع لمورث الطاعنين غير مالك لما باعه بل يجب ان يثبتوا ايضا انهم هم او البائع لهم الملاك لهذا المبيع اذ لو كان المالك سواهم لما قبلت منهم هذه المنازعة.[1]

٥٩) ثانيا : أيلولة ملكية المبيع الى البائع وبيع ملك الغير:

قد تؤول ملكية المبيع إلى البائع ، وقد يكون ذلك عن طريق الميراث أو الشراء أو الايصاء الخ.... وقد يحدث أيلوله المبيع إلى البائع إبان التزاماته بنقل الملكية إلى المشترى فما حكم ذلك على بيع ملك الغير؟

(١) نقض مدنى ١٩٦٨/٤/١٨ ـ مجموعة احكام النقض س ١٩ رقم ١١٣ صـ ٧٨٠.

أجابت على ذلك المادة ٤٦٧ /٢ مدنى بقولها :

((وكذلك ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشترى اذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد)).

ومعنى هذا ان التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى ينفذ بعد زوال ما كان يحول دون ذلك وهو عدم ملكية البائع للمبيع. وعليه يصير العقد صحيحاً وينتج كافة الالتزامات المقررة بالنسبة للبائع والمشترى. ولا محل لابطال البيع، لان هذا الابطال يستهدف حماية المشترى وهذه الحماية لا حاجة للمشترى إليها بعد ايلوله ملكية المبيع للبائع.

٥٩(أ) –
ثالثا : زوال الابطال بتملك المشترى للمبيع بالحيازة :

إذا تملك المشترى المبيع بالحيازة وفقا للمبدأ العام (الحيازه فى المنقول سند الملكية) إذا كان المبيع منقولا أو تملكه بالتقادم إذا كان عقارا. فإن المشترى بلا شك لايستطيع أن يتمسك بحقه فى طلب إبطال العقد فى هذه الحاله[1]

---

(١) أ.د. / عبد الودود يحى المرجع السابق ص ١٨٠ ونفس المعنى د. عبد الناصر العطار ص ١١٥.

ولكن البعض يرى بأن المشترى للمبيع فى هذه الحالة لا يسقط حقه فى طلب الابطال. لأن التملك بالحيازة أو بالتقادم لايتم الا إذا تمسك المشترى بذلك، وهذا التمسك لا يمكن أن يجبر المشترى عليه لأن ضميره قد لا يغيره[(١)]

٥٩(ب) ـ رابعا : سقوط حق المشترى فى طلب ابطال البيع بالتقادم:

ويسقط حق المشترى فى طلب ابطال البيع بالتقادم وبحث التقادم فى هذه الحالة بمضى ثلاث سنوات من وقت علم المشترى بأنه اشترى المبيع من غير مالكه أو ممن ينوب عن مالكه أو بمعنى خمس عشرة عاما من وقت البيع إذا لم يعلم المشترى خلالها ذلك.[(٢)]

---

(١) أ.د. / منصور مصطفى ص ٢٥٠ وبعدها.
أ.د. / محمد لبيب سنب ص ٦٨

(٢) د. / عبد الناصر العطار ص ١٠٤

المطلب الثاني

احكام بيع ملك الغير
بالنسبة للمالك الحقيقي

٦٠) إجمال:

المالك الحقيقي أجنبي عن عقد بيع ملك الغير اذا لم يجزه أما إذا اجازه فان ثمة آثارا تترتب عليها.

٦١) أولاً : حالة عدم أقرار المالك الحقيقي للبيع:

إذا لم يقر المالك الحقيقي البيع فانه أجنبي عنه، ولا عبرة في هذا الصدد باجازة المشتري للبيع من عدمها(١)، فلا يسري البيع في حق المالك الحقيقي الذي يقره، منظل

---

(١) نقض مدني ١٩٧٩/٣/٢٩ ـ مجموعة احكام النقض س ٣٠ ع١ رقم ١٨٠

ملكية المبيع للمالك الحقيقي ولا تنتقل هذه الملكية الى المشترى واذا سلم البائع المشترى يكون للمالك الحقيقي الرجوع على المشترى بدعوى الاستحقاق، كما يكون للمالك الحقيقي الرجوع على البائع بدعوى التعويض.[1]

٦٢) **(أ) المالك الحقيقي والمشترى:**

يكون للمالك الحقيقي ان يرجع على المشترى بدعوى الاستحقاق وبدعوى التعويض . ورجوعه بدعوى الاستحقاق مرده الى ان ملكية المبيع مازالت له فيكون له استرداده من تحت يد المشترى. اما رجوع المالك الحقيقي بدعوى التعويض فمشروط بان يكون المشترى سيء النية. إما اذا كان حسن النية فلا يكون للمالك الحقيقي الرجوع بالتعويض ولا حتى بالثمار اذ أن المشترى يمتلكها بالحيازة. بيد ان المشترى قد يتملك المبيع بسبب آخر من أسباب كسب الملكية خلاف عقد البيع وذلك مثل كسبه المنقول بالحيازة وكسبه العقار بالتقادم القصير وذلك اذا كان حسن النية. اما اذا كان سيء النية فانه يكسب المنقول والعقار بالتقادم الطويل، واذا اكتسب المشترى ملكية المبيع بالحيازة أو بالتقادم لا يكون للمالك الحقيقي استرداده منه.[2]

---

(١) نقض مدني ١٩٧٧/١١/١٠ مجموعة احكام النقض س ٢٨ رقم ٢٨٥ ص ١٦٥٩

(٢) Bodary et Saignat: op.cit. No. 125.

وايضا د. السنهوري ـ الوسيط ـ المرجع السابق ص ٣٧١ بند١٦٥.

٦٣) (ب) المالك الحقيقى والبائع :

يكون للمالك الحقيقى الرجوع على البائع بالتعويض فى عدة حالات هى :

- اذا كسب المشترى ملكية المبيع بالحيازة أو بالتقادم ، ويكون التعويض بالقدر اللازم لجبر الضرر الذى أصاب المالك الحقيقى نتيجة فقده ملكية المبيع.
- إذا كسب المشترى ملكية الثمار بالحيازة وحسن النية، ويكون التعويض بقدر قيمة هذه الثمار.(١)
- حتى ولو لم يكن المشتري تملك المبيع ولا الثمار، يكون للمالك الحقيقى الرجوع على البائع لتعويضه عما أصابه من ضرر نتيجة خروج المبيع من يده.وخطأ البائع هو مصدر التعويض فى الحالة الماثلة خصوصا لو كان البائع سيء النية اذ يكون مختصبا أما اذا كان حسن النية ، فان ذلك قد لا ينفي عدم تحرزه في بيع شيء لا يملكه.(٢)
- اما اذا ثبت حسن نية البائع وعدم ارتكابه ثمة خطأ فلا يكون محلاً للتعويض، ولذلك كما لو كان البائع باع بناء على اعتقاده بحسن نية أنه ورث ما باعه.(٣)

---

(١) استئناف مصر ١٩٣١/٤/٢٣ ـ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٣٨ .
(٢) استئناف مختلط ١٩٤٢/٣/٣١ م ٥٤ ـ ص ١٥٣ .
(٣) د. السنهورى ـ الوسيط ـ المرجع السابق ـ ص ٢٧٢ بند ١٦٥ .

٦٤) تطبيقات قضائيـــــــة :

- وقـد قضى بأنـه :

- توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن لا يمكــن تأويله الا بأنه إقرار لهذا البيع، وخصوصا اذا كان قد ورد في هذا العقد وصفه كبائع مع زوجته، وكان هو لم يعارض في دعـوى صحة التعاقد التي أقامها الصادر له العقد وحكم فيها بصحــــــة العقد ونفذ هذا الحكم وتسلم المشترى المبيع، واذن فمـــــن الخطأ ألا يعتبر مثل هذا التوقيع اقـــرار للبيع بمقولـــــة ان الاجازة الصادرة من المالك الحقيقي والتي بمقتضاها تصحيح العقد يجب أن تصدر من المالك في صيغة إجازة صريحــــــة. (١)

- المادة ٤٦٦ من القانون المدني تنص في فقرتها الأولى على انـه ((اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشترى ان يطلب ابطال العقد)). كما تقضى الفقرة الثانية بعـــدم سريان هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة، واذ كــــان الطاعن قد أقام دعواه امام محكمة أول درجة طالبا الحكم بابطال عقد البيع الصادر من المطعون عليه الأول الى المطعون عليهمـــا الثاني والثالث استناداً الى أن الاطيان المبيعة ملك الطاعـــن

---

(١) نقض مدني ١٩٥٠/٤/٢٠ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها ـ محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة رقم ١٣٥ ـ ص ٢٦٧.

دون البائع وتمسك الطاعن في صحيفة دعواه بنص المـــادة المذكورة بفقرتيها، فان التكييف القانوني السليم للدعوى هـو انها أقيمت بطلب الحكم بعدم سريان العقد محل النزاع فـي حق الطاعن، واذ كيف الحكم المطعون فيه الدعوى بأنهـا دعوى ابطال عقد البيع وذهب إلى أن طلب عدم سريان البيـع بالنسبة للطاعن هو طلب جديد لا يقبل فى الاستئناف لعـدم تقديمه إلى محكمة الدرجة الأولي فانه يكون قد اخطأ في تطبيـق القانون.[١]

- وان كان لا يجوز طلب إبطال بيع ملك الغير الا للمشتـرى دون البائع له، الا ان المالك الحقيقى يكفيه ان يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه أصلاً اذا كان العقد قـد سجل امـا اذا كانت الملكية مازالت باقية للمالك الحقيقى لعدم تسجيـل عقد البيع فانه يكفيه أن يطلب طرد المشترى من ملكه لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ فى مواجهته، وأن يطلـب الريع عن المدة التى وضع المشترى فيها يدهعلى ملك غيـر البائع له.[٢]

---

(١) نقض مدني ١٩٧٧/١١/١٠ ـ مجموعة احكام النقض س ٢٨ ـ رقـم ٢٨٥ ص ١٦٥٩.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٩/١/٢٤ مجموعة احكام النقض س ٣٠ ع ١ ص٣٦٢.

- إذا كانت محكمة الموضوع ملزمة باعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح، وكان الثابت من الحكم الابتدائي والحكم المطعون فيه ان الطاعن أقام دعواه طالبا الحكم بابطال عقد البيع موضوع النزاع بالنسبة كحصته البالغ مقدارها ١٢ قيراطا على الشيوع فى العقار المبيع استنادا الى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ من القانون المدنى، فإن التكييف القانوني السليم للدعوى هى أنها أقيمت بطلب الحكم بعدم سريان ذلك العقد فى حق الطاعن.[1]

٦٥) ثانيا : حالة إقرار المالك الحقيقي للبيع:

نصت المادة ٤٧٦ / ١ مدنى على انه : (اذا أقر المالك البيع، سرى العقد فى حقه، وانقلب صحيحا فى حق المشترى).

وإقرار المالك الحقيقي للبيع رغم كونه أجنبيا عنه ، أمر من خصوصيات بيع ملك الغير.

وينتج على هذا الاقرار انتقال ملكية المبيع الى المشترى من المالك الحقيقي[2]. وذلك لزوال الحائل الذى كان يعوق

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٩/٣/٢٩ مجموعة احكام النقض س ٣٠ ع ١ رقم ١٨.
(٢) د. السنهورى ـ الوسيط ـ المرجع السابق ص ٢٧٣ بند ١٦٦ .

في بيع ملك الغير ، والاقرار يصحح العقد فيما بين المتعاقدين ويجعله نافذا في مواجهة المالك الحقيقي وينقل الملكية للمشترى.(١)

وللاقرار – كما هو الحال بالنسبة لاجازة المشترى – اثرا رجعيا اذ ينقلب العقد صحيحاً منذ ابرامه ويسرى في مواجهة المالك الحقيقي من وقت الاقرار (٢) فانتقال الملكية الى المشترى لا تكون الا من وقت الاقرار وذلك بالنسبة لحقوق الغير: وعليه إذا رتب المالك الحقيقي حقوقا عينية على المبيع قبل صدور الاقرار منه، فإن الملكية تنتقل إلى المشترى محملة بهذه الحقوق، ويكون للمشترى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئي.(٣)

ويترتب على زوال الخطر الذى كان يتهدد بيع ملك الغير ، ان يرتب كافة الآثار التى يرتبها عقد البيع بالنسبة للبائع والمشترى.

---

(١) د. السنهورى – الوسيط – المرجع السابق ص ٢٧٣ بند ١٦٦.
( ) استئناف مختلط اول ابريل ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧.
(٣) راجع : Bodqry et Saignat : op. cit. No.125
Planol-et Ripert (par j.Hamel): op . cit No.55 p. 59. ;arge 55
وايضا د. انور سلطان – المرجع السابق – بند ٢٠٨.
د. سليمان مرقس – المرجع السابق – بند ٧٣.
د. السنهورى – الوسيط – المرجع السابق – ص ٢٧٣ وما بعدها بند ١٦٧.

وسريان البيع فى حق المالك الحقيقى (ليس هو الأثر الوحيد للأقرار ، بل إن إقرار البائع يرتب أثرا آخر هو سقوط حق المشترى فى طلب إبطال العقد إذ لم تعد له مصلحة فى طلب إبطال البيع، بعد أن زال اقرار البائع العقبة التي كانت تحول دون انتقال الملكية بالعقد. ولكن يشترط - لكي يسقط الاقرار حق المشترى فى طلب إبطال البيع - أن يكون الاقرار قد صدر من البائع قبل أن يرفع المشترى دعوى الابطال أما الاقرار اللاحق على رفع الدعوى، فلا يمنع استمرار المشترى فيها حتى يحكم له بالابطال) (١).

والاقرار الصادر من البائع للشيء المبيع قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا مثل مالو وقع ضامنا أو شاهدا على عقد البيع الصادر ممن لا يملك هذا الشيء. وفي هذا الشأن يقول الاستاذ الدكتور / سليمان مرقس فى مؤلفه (٢) (إن اقرار المالك يعد اعتمادا لما قام به البائع فيرتب عليه التزام المالك من وقت صدور هذا الاقرار منه بكل ما التزم به البائع ، أى أنه يحل فى عقد البيع ابتداء من هذا التاريخ

---

(١) أ.د/ عبد الودود يحيى المرجع السابق ص ١٧٩
ونفس المعنى أ.د اسماعيل غانم ص ٢٥
أ.د/ لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٧٨ ، ٨٢
د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٠٤

(٢) المرجع السابق بند ٢٧٣ د. جميل الشرقاوى بند ٤٠

محل البائع وتقوم العلاقة بينه وبين المشترى مباشرة . فيجوز للمالك أن يطالب المشترى بالثمن وأن يعرض عليه تسلم المبيع ، ويجوز للمشترى ان يطالب المالك بالتسليم وأن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفية عند الاقتضاء . ويترتب على اقرار المالك أيضا أن تبرأ ذمة البائع من الالتزامات التى أنشأها عقد البيع لأن هذه الالتزامات تنتقل إلى ذمة المالك . غير أنه إذا كان البائع قد حصل شيئا من الثمن عليه أن يؤدى عنه إلى المالك حسابا، وأن يدفع إليه رصيد هذا الحساب كما لو كان وكيلا عنه فى عقد البيع.(١)

٦٦) تطبيقات قضائية:

وقضى بانـه:

- اذا كان احد ملاك العقار المبيع قد وقع على عقد البيع بصفته وكيلا عن باقى الملاك وثبت انه لم تكن له صفة النيابة عنهم وقت ابرام التعاقد وانه تعرف بغير علمهم فى حصصهم فى البيع، فانهم متى أقروا البيع فان العقد يسرى فى حقهم عملاً بالمادة ٤٦٧ من القانون المدنى.(٢)

---

(١) نفس المرجع السابق ـ د. عبد المنعم البدراوى ص ٥٨٦ ، د. جميل الشرقاوى ص ٩٧.

(٢) نقض مدنى١٩٦٧/١٢/٢٨ مجموعة احكام النقض س ١٨ رقم ٩٢ ص ١٩٣٢.

- توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن لا يمكن تأويله الا بانه اقرار لهذا البيع، وخصوصا اذا كان قد ورد في هذا العقد وصفه كبائع مع زوجته ، وكان هو لم يعارض في دعوى صحة التعاقد التي اقامها الصادر له العقد وحكم فيها بصحة التعاقد ونفذ هذا الحكم وتسلم المشترى المبيع ، واذن فمن الخطأ الا يعتبر مثل هذا التوقيع اقرار للبيع بمقولة ان الاجازة الصادرة من المالك الحقيقي والتي بمقتضاها تصحح العقد تجب أن تصدر من المالك في صيغة اجازة صريحة.(١)

- توقيع المالك الحقيقي على عقد البيع الصادر من غيره بيع ملكه هو باعتباره ضامنا متضامنا مع البائع يعتبر اقرارا للبيع ، وليس من الضرورى ان يرد الاقرار في صيغة اقرار صريح.(٢)

- وكيل المسجون لا يجوز له ان يبيع ماله والموكل محجور عليه اثناء تنفيذ الحكم ، فاذا باعه كان البيع بيع ملك

---

(١) نقض مدني ١٩٥٠/٤/٢٠ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن قاعدة رقم ١٣٥ ص ٢٦٧ .

(٢) نقض مدني ١٩٥٠/٤/٢٠ مجموعة احكام النقض س١ رقم ١١١ص ٤٣٣ وايضا نقض مدني ١٩٤٩/١٢/١٥ مجموعة احكام النقض س١ رقم ٣١ ص ١٠٦.

الغير ، ويقبل اقرار المسجون بعد اتنفيذه مدة العقوبة وفك الحجز عنه[١]

- وحكمت محكمة النقض بأن توقيع أحد ملاك العقار على عقد البيع بصفته وكيلا عن باقى الملاك ، وعدم ثبوت صفة النيابة عنهم وقت ابرام العقد. واقرار هؤلاء الملاك للبيع، يعنى سريان العقد فى حقهم(المادة ٦٧، مدنى)[٢]

ب- وقد حكم بانه فى بيع ملك الغير اذا طلب المالك بطلان العقد لهذا السبب فالتكييف الصحيح للدعوى هو

- وقد حكم العقد لهذا السبب فالتكييف الصحيح للدعوى هو طلب عدم سريان العقد فى حقه (م ٤٦٦) ولا يعد هذا الطلب طلبا جديد فى الاستئناف.[٣]

- وحكم بأنه اذا كانت الملكية مازالت باقية للمالك الحقيقى لعدم تسجيل العقد (المبيع) فإنه يكفيه أن يطلب طرد المشترى من غيره لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ فى مواجهته وأن يطلب الريع عن المدة التى وضع المشترى فيها يده.وغيرها من الأحكام التطبيقية الكثيرة المتعلقة ببيع ملك الغير.[٤]

---

(١) استئناف مختلط ١٩٤٣/٢/٢ ـ م ٥٥ ص ٤٦
(٢) نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ م س ١٨ ص ١٩٣٢
،، ١٩٦٧/٨/١٥ م س ٧٠ ص ١٥٠٠
،، ١٩٦٥/١٠/٢٨ م س ١٦ ص ٩٢٩
(٣) نقض ١٩٧٧/١١/١١ م س ٢٨ ص ١٩٥٩
،، ١٩٧٩/٣/٢٩ م س ٣٠ ص ٩٨٠
(٤) ،، ١٩٧٩/١/٢٤ م س ٣٠ ص ٣٦٣ وقد أشار إلى هذه الأحكام د. عبد الناصر العطار المرجع السابق ص ١٠٦

المبحث الرابع

موقف القانون الجنائي

من

بيع ملك الغير

٦٧) موقف القانون الجنائي من البائع لملك الغير بطريق الاحتيال :

تنص المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات على أنه (يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنيها مصريا أو باحدى هاتين العقوبتين فقط. كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات مخالصة أو أى متاع منقول، وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروه الغير أو بعضها :

إما باستعمال طرق إحتيالية من شأنها إيهام الناس بوجود مشروع كاذب أو واقعة مزورة أو احداث الأمل بحصول ربح وهمي أو تسديد المبلغ الذى أخذ بطريقة الاحتيال أو إيهامهم بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور.

وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكا له. ولا له حق التصرف فيه. وإما باتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة.....).

فالنصب وفقا للنص السابق هو الاستيلاء على مال الغير بوسيلة غير مشروعة يشوبها الأحتيال[1] وهذه المادة كررت لناوسائل النصب وهي :

أ ـ استعمال طرق احتياليه.

ب ـ التصرف في مال غير مملوك للجاني ولا له حق التصرف فيه.

جـ ـ اتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحه.[2]

ونستنتج من النص السابق أن من يبيع ملك غيره[3] يرتكب جريمة النصب إذا تم ذلك بالاحتيال وبقصد سلب

---

(١) نقض جنائي ١٩٦٨/٥/٢٧ مجموعة أحكام النقض ١٩ ـ ٦١١ ـ ١٢٢.

(٢) د. محمد المنجي ـ عقد البيع الابتدائي سنة ١٩٨٣ ص ٤٢٤.

(٣) حتى ولو لم يكن المالك معلوما طالما ثبت أن البائع غير مالك نقض جنائي في ١٩٨٠/٥/٤ مجموعة الأحكام س ٣١ ص ٥٦٥ أشار إليه د. عبد الناصر العطار في مؤلفه السابق ص ١١٠ .

نقود المشترى، وهو ما يقتضى أن يكون المشترى حسن النية.
أما اذا كان المشترى سيء النية بمعنى أنه يعلم أن البائع غير مالك للمبيع. أو لم يتخذ البائع وسائل احتيالية لايهام المشترى بأنه مالك فلا تقوم هذه الجريمة)(١)

٦٨) من التطبيقات الجنائية لبيع ملك الغير:

(بيع الأماكن الخاضعة لقانون إيجار الأماكن لأكثر من واحد):

ينص قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على أن (يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها فى قانون العقوبات المالك الذى يتقاضى بأيه صورة من الصور بذاته او بالوساطة أكثر من مقدم عن ذات الوحدة أو يؤجرها لأكثر من مستأجر- أو يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها - ويبطل كل تصرف للبيع لا حق لهذا التاريخ ولو كان مسجلا).

ويترتب على ذلك أن ممثل الشخص الإعتبارى - يكون مسئولا عما يقع من مخالفات لأحكام هذه المادة(٢) ومن هذا النص يتضح لنا أن البيع فى مجال الاسكا لأكثر من واحد

---

(١) أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ١١٠.
(٢) التى نسخت المادة (٨٢/١ من القانون ٤٩/ ٧٧) التى كانت تنص على أن (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة شهور وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ، ولا تجاوز ألفى جنيه =

يعد جريمة جنائية يعاقب عليها القانون حتى لا تنتشر بين الناس وخاصة والمجتمع يمر بأزمة إسكان قاسية وهذا ناتج عن تدخل المشرع لتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر تنظيما غير سديد ولذلك فإني أرى أن نترك العلاقه حسب العرض والطلب ويكون العقد مؤقتا ولا يجوز امتداده إلا بموافقه الطرفين.

ولذلك يقول الدكتور محمد المنجي (وتمثل الحكمة التي دعت إلى ذلك (تجريم البيع لأكثر من واحد في مجال الاسكان) هي رغبة المشرع في مواجهة أزمة الاسكان الطاحنة التي تمر بها البلاد في الوقت الحاضر).[1]

ونبين بإيجاز أركان الجريمة وعقوبتها :

- أو بأحدى هاتين العقوبتين كل من أجر مكانا أو جزء منه أو باعه ولو بعقد غير مشهر... وكان ذلك التأجير أو البيع .... على خلاف مقتضي عقد سابق ولو كان غير مشهر صادر منه أو من أحد شركائه أو نائبيهم، ويفترض علم هؤلاء بالعقد الصادر منهم).

ومقتضى هذا الحظر بطلان عقد البيع اللاحق إذا أبرم بعد عام ١٩٧٧/٩/٩ تاريخ العمل بالقانون ١٩٧٧/٤٩ باعتبار ان البيع اللاحق مخالف للنظام العام ، وما كان كذلك كان باطلا. وفضلا عن ذلك فإن المادة ٣٣٦ع تعاقب من يبيع ملك غيره بالاحتيال بعقوبة النصب د. عبد الناصر ص ١١١

(١) د. محمد المنجي : عقد البيع الابتدائي ص ٤٣٣ وبعدها وفي مؤلفه الحيازة سنة ١٩٨٥ ص ٢٧٤ وبعدها.

٦٩) أركان جريمة البيع لأكثر من واحد فى مجال الاسكـان :

إن أركان هذه الجريمة تتمثل فى ركنين أساسيين وهما

١ ـ الركن المادى للجريمة (حظر بيع مسكن لأكثر من واحـــد).

أن هذا الركــن يتكــون من عناصر ثلاثة :[1] حظر البيــع وحظـــر التأجيــــر وحظر البعض إلى وضع اليـــد .

والذى يهمنا هو العنصر الأول (حظر البيع) ويراد بـــه منع المالك من إبرام أكثر من عقد واحـد للمبنى أو الوحـــدة منه أثناء قيام علاقة البيع الأولى وسريان آثارها القانونيـــة

حيث أن المشرع قد ألزم المالك بعدم إبرام أكثـــر من عقد بيع واحد للمبنى أو الوحدة منه فى حاله وجود علاقـــة البيع الأول.

٧٠) مبررات حظر بيع المالك للمساكن أكثر من مرة واحدة:

يقـول الدكتور / محمد المنجي[2] مبررا لهذا الحظر (أ ن ابرام أكثر من عقد واحد للمبنى الواحد أو الوحدة منـــــه، يؤدى إلى الحيلولة دون حيازة صاحب العقد الأول للعيـــــن

---

(١) انظر نص م ١/٨٢ قانون ايجار الأماكن ٧٧/٤٩ .
،، ،، م ١/٢٣ قانون المساكن الجديد ١٩٨١/١٣٦

(٢) م ٢١٩ مدني.

والانتفاع الكامل بها، وهذا هو الاعتداء المدنى على الحيازة بغير القوة الذى جرمه المشرع فى قانون المساكن

أما إذا انتهت علاقة البيع الأولى لأى سبب مشروع وتوقف سريان آثارها القانونية، فقد زال الحظر وارتفع القيد الذى كان يمنع المالك من ابرام عقد جديد لمشتر جديد للمبنى أو الوحدة منه).

وهذا أمر يتحقق فى حالة عدم سداد المشترى باقى الثمن فى الموعد المحدد لذلك بعد انذاره على يد محضر أو مايقوم مقام الانذار[1].

وقد يلاحظ البعض بأن المنع هنا جديد ومستحدث فى القانون ٤٩ /١٩٧٧م والقانون المعدل ١٣٦ / ١٩٨١ م ولكن فى الحقيقة أن الحظر هنا لا يعتبر جديدا بل يرجع إلى المادة ٣٣٦ عقوبات السابقة ذكرها - التى بينت معنى النصب ووسائله التى منها التصرف فى مال غير مملوك للجانى وليس له حق التصرف فيه. وبهذا قضت محكمة النقض واعتبرته

---

(١) م ٢١٩ مدنى

كاف لقيام جريمة النصب.[1]

وهذا يؤدى إلى القول بأن المادة ١/٢٣ من القانون المعدل ١٣٦ لسنه ٨١ ماهى إلا صورة من صور النصب الواردة في المادة ٣٣٦ عقوبات .

ومما سبق نرى أنه من الجائز أن تقوم جريمة النصب في الصورة التي يكون المال فيها مملوكا للمتصرف ولكن ليس له حق التصرف فيه. فالبائع الذى يبيع المبنى أو وحدة منه، يلتزم بتنفيذ التزامه عينا في مواجهة المشترى الأول ، وأن يقوم بما هو ضرورى للتسجيل ونقل الملكية ، وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلا أو عسيرا[2]. فإذا أبرم عقد بيع ثان، لمشتر ثان عن ذات المبنى أو وحدة منه أثناء قيام علاقة البيع الأولى . فإنه والحالة هذه يكون المالك قد تصرف فيما ليس له حق التصرف فيه . وتكون المبالغ التي تقاضاها عن العقد أو العقود اللاحقه للعقد الأول من

---

(١) انظر مجموعة القواعد القانونية ٢ - ١٠٧٠ - ٣٩ - ١٩/٣/١٩٣٤م
" " " " ٢ - ١٠٧١ (٦ - ١٤/١١/١٩٣٨م
" " " " ٢ - ١٠٧١ (٧ - ٢٠/١/١٩٤١
" " " " ٢ - ١٠٧٢ - ٤٨ - ١١/١٢/١٩٤٤م
" " " " ٢ - ١٠٧٠ - ٤٠ - ٢٩/١٢/١٩٤٩م
" " " " ٢ - ١٠٧٠ (٤٠ - ٢٩/١٢/١٩٤٩م.

(٢) المادتان (٢٨)، (٣١) مدنى.

قبيل النصب، ويقع تحت طائلة العقاب وفقا للمادة ٣٣٦ عقوبات[1] . شريطة أن يكون عقد البيع الأول ثابت التاريخ[2] وأن يكون صحيحا ونافذا[3] وأن يقوم المالك بالبيع بنفسه لأكثر من واحد وفي مجال الاسكان . وحتى تتم العناصر المكونة للركن المادى .

(٧) الركن المعنوى للجريمة :

المراد بالركن المعنوى فى أى جريمة هو القصد الجنائى . ولم يعرفه قانون العقوبات المصرى وفقا لما عليه أغلب القوانيين التى لم تهتم بالتعريفات التى هى من صنع الفقهاء . وعرفه الفقه الجنائى المصرى بأنه تعمد أرتكاب الجريمة طبقا للقانون أى توجيه الارادة لاحداث أمر يعاقب عليه القانون عن علم بالفعل وعلم بتجريمه قانونا .

---

(١) وبهذا قضت محكمة النقض (مدنى) مجموعة لاحكام النقض
٢٨ ـ ٤ ـ ق١٣٤ ـ ١٩٥ ٤/٥/١٩٧٧
٢٩ ـ ١٨٠٦ ـ ٣٤٩ ١١/٢٩ / ١٩٧٨م
نقض مدنى، ١٣/ ١٩٨١/٦ طعن، ٥٠٧ لسنه ٤٧
،، ،، ١٩٨١/٦/٢٠ طعن ٧٠٤ لسنه ٤٥
أشار اليها د. المنجى فى الحيازة ص، ٢٨٠ ـ ٢٨١

(٢) د. محمد المنجى عقد البيع الابتدائى ص٤٣٥ عكس ذلك أ.د. / رءوف عبيد فى جرائم الاعتداء على الاشخاص والأموال ١٩٧٤ ص٤٨٦ . حيث يرى عدم العقاب فى هذه الحاله الا بتوافر شرطين: وهما: عدم ملكية الجانى للمال ـ وعدم أحقيته فى التصرف فيه ـ فإذا لم يتوافر أحدهما فقدت جريمه النصب أحد أركانها .

(٣) م ق ق ١ ـ ٢١ ـ ٤٨ ـ ١٧ ـ ٤ / ١٩٢٩ تقضى جنائى .
م ق ق ١ ـ ٢ ـ ٤٩ ـ ١٧ / ١/ ١٩٤١ ،، ،،
م ق ق ١ ـ ٢٣ ـ ٥٠ ـ ١٢ ـ ٤ ـ ١٩٤٣ ،، ،،

فالقصد الجنائي يتحقق بتوافر عنصرين:

العنصر الأول : إرادة الفعل المكون للجريمة عن علم بتحقيقه.

العنصر الثاني : العلم بأن القانون يحرم الفعل ويعاقب عليه

وتوافر العنصرين أمر لازم لتحقيق القصد الجنائي.

إلا أن العنصر الثاني مفترض علمه في حق الجناني وعذره بجهل القانون غير مقبول.(١)

٧٢) القضاء والقصد الجنائي:

عرفه القضاء بأنه (أمر باطني يضمره الجاني، وتدل عليه بطريق مباشر أو غير مباشر الأعمال المادية المحسوسة التي تصدر فيه. والعبرة في ذلك هي بما يستظهره الحكم من الوقائع التي تشهد لقيامه)(٢) ويجب على الحكم الصادر بالادانه استظهار ركن القصد الجنائي.(٣)

---

(١) راجع : الأحكام العامة في قانون العقوبات للدكتور مصطفى السعيد ص ٤ س ١٩٦٢ ص ٣٦٨
الاعتذار بالجهل بالقانون ط١ س ١٩٨٣ ص ٩٧٠م وجدى عبد الصمد ـ الحيازة ـ المرجع السابق د. محمد المنجي ص ٢٨٥ وما بعدها وما أشار إليه من أحكام محكمه النقض حيث قضى بأن (العلم بالقانون الجنائي والقوانين المكملة له، يفترض في حق الكافة، ومن ثم فإنه لا يقبل الدفع بالجهل بها أو الغلط فيها كذريعة لنفي القصد الجنائي) نقض ١٠/٢/١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض ٢٠ ـ ٢٣٢ ك ـ ٥٣

(٢) مجموعة أحكام النقض ٢٠ ـ ٥٢١ ـ ١١١ ٥ ٢١/٤/١٩٦٩م
" " " ٢٣ ـ ١٢١٦ ـ ٢٧٤، ١٩/١١/١٩٧٢.

(٣) " " " ١٦ ـ ٥٥٦ ـ ١١١ ـ ٧/٦/١٩٦٥م
" " " ١٧ ـ ٩٨٥ ـ ١٨٣ ـ ١٨ / ١٠/ ١٩٦٦

ولكن ((لا يلزم أن يتحدث الحكم استقلالا عن توافر القصد الجنائي في تلك الجريمة ، بل يكفي فيما أورده من وقائع وظروف ما يدل على قيامه))[1] والباعث في ارتكاب الجريمه ليس ركنا من أركانها أو عنصرا من عناصرها.[2]

ويجب أن يكون ثبوت القصد الجنائي فعليا وفقا لما حكمت به محكمة النقض في هذا الشأن - وتقدير وجوده أو عدمه مسأله تستقل بها محكمة الموضوع - ولا معقب عليها.[3]

وأما الركن المعنوى للجريمة هنا فالمراد به قصد البائع مخالفة مقتضى عقد سابق أو تعاقد مع شخص آخر غير من تعاقد معه على شرائها[4] ، وبهذا يكون المشرع قد افترض توافر

---

(١) م ح ق ١٨ - ١٠٥٠ - ٢١٥ - ٣٠ / ١٠ / ١٩٦٧م.

م ح ق ٢٠ - ١٠٠ - ٢٢ - ١٣ / ١ / ١٩٦٩م.

(٢) م ح ق ١ - ٨٤ - ١ - ١٩٣٢/٥/٢٢م.

م ح ق ٣١ - ٥٦١ - ١٠٧ - ١٩٨٠/٢/١م.

(٣) م ح ق ٢٤ - ٦١ - ١٥ - ٨ / ١/ ١٩٧٣.

م ح ق ٢٤ - ٩٧٨ - ٢٠٤ - ١٢/ ١١/ ١٩٧٣م.

م ح ق ٢٤ - ٢٥٦ - ٦٥٧ - ٢/٢٦/ ١٩٧٣م.

م ح ق ٢٩ - ٢٢٨ - ٢ - ٦/ ٣ / ١٩٧٨.

وقد أشار إلى هذه الأحكام د. محمد المنجى فى الحيازة ص ٢٨٦.

(٤) المادة ٨٢ من القانون ٤٩ - ١٩٧٧ ، المادة ٢٣ من القانون - المعدل - رقم ١٣٦ سنه ١٩٨١.

القصد الجنائى فى هذه الجريمة من مجرد البيع لأكثر من واحد على خلاف تعرض عقد سابق ـ سواء كانت هذه العقود المتعددة ثابته الكتابة أو شفاهة ـ وسواء أكانت رسمية أو عرفية ثابتة التاريخ ـ وسواء قام المالك بالبيع الثانى بنفسه أو بواسطة غيره أو من ينوب عنه قانونا.(١)

وقد افترض المشرع العلم بالتصرف السابق فى حق المتصرف اللاحق سواء صدر التصرف من البائع أو من ينوب عنه وعليه يقع عبء اثبات العكس وفقا للمبادىء العامة فى قانون الاثبات.(٢)

عقوبة جريمة البيع لأكثر من واحد فى مجال الاسكان :

وفقا لما سبق من نصوص قانونية يترتب على وقع هذه الجريمة أمران :

الأمر الاول :

بطلان البيع اللاحق لتاريخ البيع السابق ويثبت تاريخ البيوع بكافة الطرق باعتبار أن تكرار البيع

(١) م ـ ٦٠ من قانون الاثبات ـ كذلك المادتان ١٠ ، ١٤ منه
(٢) م ـ ٩٩ ـ اثبات ـ وبهذا قضت محكمة جنح المنشية بالاسكندرية فى ٢٧ ، ١١ سنه ١٩٨٧ فى القضيه ١٨٩٨/١٩٧٧ جنح المنشية أشار إليه فى المؤلف السابق عقدا لبيع الابتدائى ص ٤٣٧.

أصبح جريمــه.[1]

والأثبات مسأله تخضع لتقدير قاضي الموضوع. ومقتضـى هذا البطلان أنه لا محل لاجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين ولا يؤخذ بقاعدة الأسبقية في التسجيل، باعتبار أن المشتـرى الاول هو المشترى الوحيد بينما عقود المشترين اللاحقين باطلة.

وهذا أمر يتحقق في حاله ما اذا كان العقد الأول صحيحا أو قابلا للابطال ولم يقض ببطلانه، إما إذا كان عقـد المشترى الأول باطلا فلا يسرى هذا الخطر حتى ولو لم يصـدر حكم ببطلانه، كما يتحقق ذلك إذا كان عقد البيع اللاحـق يتضمن نفس المبيع في عقد البيع السابق وصادرا من نفـس المالك أو نائبه أو ممثل الشخص الا عتبارى.

الثاني يعاقب المالك أو ممثل الشخص الاعتبارى الـذى ارتكب هذا الخطر بعقوبة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات وهي الحبس وغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهـا أو باحداهما.[2] والحد الأدنى هنا بالحبس أسبوع والأقصـى

(١) د. عبد الناصر العطار ـ المرجع السابق ـ ص ١١٢
د. محمد المنجي السابق ص ٤٣٦.

(٢) راجع أ.د./عبد الناصر العطار ص ١١٢ المرجع السابـق والمادة / ١/٨٢ من القانون ١٩٧٧/٤٩. والماده ١/٢٣ مـن القانون ١٣٦/ ١٩٨١.

ثلاث سنوات . وبالنسبة للشروع فى هذه الجريمة الحبس مدة لاتتجاوز سنة أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيها مصريا وفقا للمادة ٣٣٦ والمادة ٤٧ عقوبات بخلاف المادة ٨٢/ (٤٩/١/ ٧٧ . والتى لم تنص على تجريم الشروع فى جريمة البيع لأكثر من واحد. رفضلا عن ذلك فإنه يجوز جعل المالك البائع فى حالة العود تحت ملاحظة البوليس مدة سنه على الأقل وسنتين على الأكثر . علاوة كما سبق على العقوبة المدنية وهى بطلان البيع الثانى ولو كان مسجلا للبيع الأول ولو كان ابتدائيا.(١)

٧٣) التعويض المشترى الأول:

إن المشترى الأول يجوز له طلب التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب وفقا للقواعد العامة.(٢) وطلب

---

(١) د محمد المنجى عقد البيع الابتدائى ص ٤٣٨. والمادة ٢٣/ ١٩٨١ /١٣٦/١.

(٢) المادة (٢٢ مدنى. وهذا المبدأ يخالف المبدأ التى استقرت عليه محكمة النقض المصرية منذ سنة (١٩٣ حيث أن العبرة بالأسبقية المطلقة فى التسجيل عند التزاحم بين المشترين المتعاقدين للعقار بعقود ابتدائية من بائع واحد بمعنى أن الأفضلية تكون لمن سبق غيره إلى تسجيل عقده، وهذا يعنى أن بيع العقار لأكثر من واحد بعقد ابتدائى هو تصرف صحيح من الناحية المدنية ولا يتعرض البائع للمساءلة من الناحية الجنائية والناحية المدنية د. المنجى فى الحيازة ص ٢٨٨ ٢٨٩ وما أشاء فيها من أحكام محكمة النقض ما يقرب من عشرين حكما. وعقد البيع الابتدائى ص ٤١٤ للمؤلف السابق.

التعويض هنا يقوم على أساس المسئولية العقدية[١] فيجب على البائع الوفاء بما التزم به وإلا يكون قد أخل بالتزامه العينى بالقيام بما هو ضرورى للتسجيل ونقل الملكية والحظر عليه من القيام بأى عمل يعوق نقل الملكية ويجعله عسيرا أو مستحيلا[٢] بل قد يترتب على سوء نيه البائع وتواطئه مع المشترى الثانى على حرمان المشترى الأول من الصفقة أن يفوت عليه حقه فى الحيازة والانتفاع الكامل بالمبيع الذى ينشأ من تاريخ عقد البيع الابتدائى دون انتظار التسجيل ونقل الملكية[٣] وفضلا عن ذلك فإنه قد يترتب على اضطرار المشترى الأول إلى اللجوء إلى القضاء وسلوك طريق التقاضى الطويل بنفقاته الباهظه مما يترتب عليه خسارته وفوت مكاسبه[٤].

٧٤) سقوط الدعوى الجنائية لهذه الجريمة :

لو نظرنا إلى تكييف جريمة البيع لأكثر من واحد فى مجال الاسكان لوجدناها جريمة مؤقتة. وهذا هو ما استقرت

---

(١) المادة ١٤٧ العقد شريعة المتعاقدين، م ١٤٨ /١، ١/١٥٧ مدنى التى توجب تنفيذ العقد والابطال البائع بالتعويض .

(٢) (المادتان ٤٢٨، (٣) مدنى) فالأخلال من جانبه يعتبر خطأ فى ذاته يرتكب مسئوليته التى لا يمكن دفعها إلا إذا اثبت بأن هناك سبب أجنبى لابد له فيه ينفى علاقة السببه وبالتالى فلا تعويض: (نقض ١٢/١٢/ ١٩٧٢ ٢٣ ـ١٣٦٣ـ ٢١٣. نقض ١٢/١٢ ـ ١٩٧٢ ـ ٢١ـ ١١٤٨ ـ ٨٧ أ.

(٣) م ٤٣٥/١، ١/٤٥٨ مدنى.

(٤) م ٢٢١ مدنى .

عليه محكمة النقض لأن هذه الجريمة تتم وتنتهي بمجرد ارتكاب الفعل وهو تمام البيع لأكثر من واحد في وقت معين. بتاريخ وقوع الجريمة يتحدد بهذا الوقت وفي هذه الحالة تعد الجريمة وقتيه.[١]

وبناء على هذا التكييف فإنه إذا انقضى على تاريخ وقوع تلك الواقعة مدة ثلاث سنوات قبل رفع لدعوى ضد المالك البائع. فإن الدعوى الجنائية تسقط بمضي المدة.[٢]

---

(١) د. المنجي ص ٢٩٨ وما أشار إليه من أحكام ـ مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ٢٠٣ ـ ٢٧ في ١٩٦٦/٢/٢٨م.
مجموعة احكام النقض ٢٣ ـ ٨ ـ ٢٠٢ / ١ / ١٩٧٠.

(٢) م ١/١٥ أجراءات التي تنص على أنه :
(تنقضي الدعوى الجنائية في مواد الجنايات بمضي عشر سنين من يوم وقوع الجريمة، وفي مواد الجنح بمضي ثلاث سنين وفي مواد المخالفات بمضي سنة. مالم ينص القانون على خلاف ذلك).

الفصل الثانى

بيع ملك الغير في الفقه الاسلامى

٧٥ ـ تمهيد وتقسيم .

٧٥) تمهيد وتقسيم :

إن الفقه الاسلامى قد اشترط لاتمام التعاقد ووقوعه صحيحا ونافذا أن يكون للعاقد سلطة على المعقود عليه . ومعنى ذلك أن يكون للعاقد صفة شرعية تبيح له التصرف في المعقود .

وهذا أمر لا يتحقق إلا بوسيلة من هذه الوسائل:

الوسيلة الأولى : الملك . والمراد منه أن المبيع وهو الشيء المعقود عليه مملوكا للبائع وقت البيع فلا يصح بيع ماليس مملوكا له لقول الرسول (ص) (لا يحل سلف وبيع ولا شريكان في بيع ولا ربح مالم يضمن . ولا تبع ماليس عندك) .

والرسول (ص) (نهى عن بيع الفرد) وهو البيع الذى فيه مخاطره. كبيع المجهول والمعدوم، ومالم يتم ملك البائع له . . . الخ.

بخلاف بيع السلم وهو بيع عين آجلة ستملك مستقبلا بثمن عاجل وهو أمر جائز لدى جمهور الفقهاء للضرورة ولحاجة الناس إليه واستدلوا على جوازه بقول الرسول (ص) :

(من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)

الوسيلة الثانية :

أن يكون العاقد وليا أو وصيا على صاحب الشيء المعقود عليه. ومعنى ذلك أن يكون مأذونا له في التصرف من الشرع. (كولايه الأب والجد على الصغير، وولاية الوصي المختار من قبل الولي أو وصيه. وولاية الولي المنصوب من طرف القاضي. فالصغير والمجنون والمعتوه محجور عليهم لذاتهم. فهم ممنوعون شرعا من التصرف في أموالهم. لذا يقام عليهم ولي شرعي أو وصي مختار أو منصوب لادارة شئونهم ضمن حدود وشروط معينة، فالولي أو الوصي يقوم مقامهم في إدارة شئونهم والتصرف في أمورهم باسم الولاية أو الاذن الشرعي . وتصرفه نافذ بحقهم سواء شاؤا أم أبوا)(١)

---

(١) الفضاله دراسة مقارنه د. عبد المجيد مطلوب ص ٦.

الوسيلة الثالثة :

أن يكون العاقد وكيلا في التصرف الذى قام به نيابة عن غيره بناء على عقد وكالة بين الوكيل والموكل.[١] على أن ينصرف الوكيل في حدود وكالته ولا يتجاوزها. والوكالة ولايه اختيارية خاصة إذ بها تثبت ولاية التصرف للوكيل باختيار الموكل، وكل ما يجوز للشخص من التصرفات الشرعية والعقود له أن يوكل فيه إلا الاعمال القانونية التى اشترط الشارع أن يتولاها ذو الشأن بنفسه كاستيفاء للقصاص من الجانى والشهادة واليمين وغير ذلك من المسائل التى لا يقبلها الشارع إلا من الشخص نفسه[٢]

هذه هي الوسائل الثلاثة التى يكون بأحدها صفة شرعية التعاقد فإذا لم تتوافر فيه صفة من هذه الصفات الثلاث سمى فضوليا.

(١) الوكاله لدى العرب تطلق على الحفظ والمراعاة. ومنه قوله تعالى (وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل) وتطلق على التعويض والاعتماد ومنه قوله تعالى (إني توكلت على الله ربى وربكم) وبهذا المعنى أخذ الفقهاء وعرفوها بأنها إقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم قابل للنيابة) المدخل أ.د. / محمد مصطفى شلبى ص ٣٢٨ .

(٢) الملكية ونظرية العقد للشيخ / محمد زهرة ص ٣٨٢.

ولذلك يلزم هنا أن نتكلم عن الفضولي أو الفضالة في هذه النقاط

١ ـ تعريفها لغة واصطلاحا .

٢ ـ حكم تصرفات الفضالة ويندرج تحتها بيع ملك الغير فهو فضالة في نظر الفقه الاسلامي. ولا يعتبر كذلك في القانون الوضعي مع كونه مباشرة تصرف دون إذن أو ولاية لأن المشرع الوضعي يشترط في الأمر الذى يتولاه الفضولي عاجلا وضروريا . فالفقه الاسلامي أوسع نطاقا من القانون الوضعي.

٣ ـ ثم نتحدث بعد ذلك في فصل آخر عن اجازة تصرفات الفضولي وأحكامها المتعلقة بها في الشريعة والقانون لأهميتها ولصلتها القوية بالموضوع لأن نهاية عقد الفضولي ومنه بيع مال الغير إما الاجازة وما يترتب عليها من آثار وإحياء للعقد وإما الفسخ والبطلان عند عدم الاجازة.

وسنخصص لكل نقطة ما من لانقاط السابقة مبحث على حدة.

المبحث الأول

تعريف الفضالة

٧٦) الفضالة في اللغة:

هي اشتغال الشخص بما لا يعنيه والفضولي نسبة إلى الفضول جمع الفضل أي الزيادة ويجمع على مالا خير فيه (١) أي اشتغل بما لا يعنيه.

إذن الفضولي : هو الشخص المشتغل بما لا يعنيه. ولذلك كان البائع لملك غيره فضوليا لأن اشتغل بما لا يعنيه.

٧٧) الفضاله في اصطلاح الفقهاء:

هي عبارة عن تصرف الشخص في شئون غيره دون أن يكون له ولاية إبرام هذا التصرف شرعا.(٢)

(١) المعاجم اللغوية مادة فضل والمصباح المنير جـ ٢ ص ٥٧.
(٢) د. الشافعي عبد الرحمن في عقد البيع ص ٥٧.

وقيل هي تدخل شخص في شئون غيره دون إذن ولايـــة أو وصاية.(١)

وقيل الفضولي هو من يتصرف تصرفا شرعيا ليست له ولاية عليه.(٢)

وقيل بأن(الفضالة وصف يقوم بشخص يتصرف بمقتضـــاه في شئون غيره نفسا ومالا بدون إذن من صاحب الشأن الـذ ى تصرف عنه، ولا ولاية شرعية ـ ولا وصاية والذى يصدر عنه لعمل يسمي فضوليا).(٣)

وقد عرفت المادة ١١٢ من مجلة الأحكام العدلية الفضالـــة حيث قالت .

(الفضولي هو من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعـــــى)

---

(١) د. عبد المجيد مطلوب ص ١٤،

(٢) انظر في بيان حقيقة الفضالة : فتح القدير ج ٥ ص ٣٠٨ ، وبعدها. والبدائع للكاساني ج٥ ص ١٤٩ وبعدها . والبحـــــر الرائق لابن نجيم ج٦ ص ١٦٠ وما بعدها حيث يقـــــول (الفضولي في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتـح الفاء خطـأ وقيل الفضولي من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي يزوج أو يبيع.. وفي فتح القدير غلب في الاشتغال بمـــــا لا يعنيه ولا ولاية له فيه) وراجع ابن عابدين جـ٤ ص ١٤١ . وبعدها.

(٣) أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة ـ للشيخ أحمد ابراهيم صـ٣ وما بعدها وانظر المعاملات في الشريعة الاسلامية أحمـــد ابو الفتح جـ٢ ص ٣٠٣ حينما قال الفضولي في اللغة من يشتغل بمالا يعنيه ـ في الشرع من يتصرف في ملك غيره بغيـــــر اذن شرعي).

والذى أراه من هذه التعاريف هو أن الفضولي هو الشخص الذى تصرف فى شئون غيره دون إذن منه أو ولاية شرعية عليه

٧٨) الفضالة في القانون :

أن الفضالة تعتبر المصدر الثانى من مصادر الالتزامات في فقه القانون المدنى الفرنسي ـ وقد بين المشرع الفرنسى حقيقتها وأحكامها تحت عنوان شبه العقل ـ وذلك فى المواد من ١٣٧١ إلى ١٩٧٥ ولهذا نجد الفقه الفرنسى قد اهتم بها بل واخذ أحكامها أو معظمها من الفقه الاسلامى الذى أفردلها ولأحكامها بابا خاصا ـ وفضلا عن ذلك فان المشرع المصرى قد عرفها فى المادة ١٨٨م مصرى بقوله الفضاله هى (أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخردون أن يكون ملزما بذلك).

ومن هذا التعريف نستنبط أنه يشترط لتحقيق الفضالة فى القانون عدة شروط وهى :

١ ـ أن يقوم الفضولى بشأن عاجل لحساب شخص آخر ـ وأن يكون عملا قانونيا كما لو باع شيئا لآخر أو أجره لرب العمل. وقد يكون عملا ماديا نافعا وضروريا كما لو قام باطفاء الحريق الذى شب فى منزل جاره ـ وإذا قام بهذا العمل الذى فيه نفع لرب العمل فله أن يرجع عليه بأنفعه من المصروفات ـ وما ضاع عليه من خسارة أو فاته من ربح حتى لا يثرى هذا

الغير على حسابه دون سبب.[1]

٢ - أن يكون هدف الفضولي من قيامه بهذا العمل العاجل هو مصلحة رب العمل. وهذا هو المعيار الدقيق الذى يميز الفضالة عن الاثراء بلا سبب.

فالأساس هو إتجاه نية الفضولي إلى العمل لمصلحة الغير حتى ولو اقترن بهذا مصلحة نفسه كالشريك فى الشيوع حين يؤجر العين الشائعة لمصلحة نفسه ولمصلحة شريكه. وهذا هو ما بينته المادة ١٨٩ مدنى حيث قالت (تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي فى أثناء توليه شأنا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر).

٣ - ألا يكون الفضولي ملتزما فى القيام بهذا الشأن العاجل ولاموكلا فيه ولا منهيا عنه، فإذا تولى شئون الغير بمقتضى نص فى القانون كالولى والوصى. أو أمر من المحكمه . أو بمقتضى عقد كالوكيل فإنه والحالة هذه لا يعتبر فضوليا.[2] لأنه لم يكن منفضلا بما قام به من أعمال للغير.

---

(١) انظر الالتزامات د. السنهورى - فى الوسيط جـ١ ص ١٢٣٤.
د./ محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى جـ٢ ص ٣٧٤.
د./ عبد المنعم الصدا مصادر الالتزام ص ٦٢٣ وما بعدها.
د. عبد الرازق حسن العقد الموقوف ص ١١٨.

(٢) راجع د. السنهورى الوسيط جـ١ ص ١٢٣٧ وما بعدها. بلا نيول وريبير وبولانجيه جـ٢ ص ٤٧٠ ص ١٩٥٧.

٧٩) المقارنـــة :

إن القانون الوضعي يتفق مع الشريعة الاسلامية فـــي أن الفضولي هو من يقوم بعمل لحساب الغير سواء أكان تصرفا قوليا أم فعليا في الشريعه أم تصرفا قانونيا أو عملا ماديا في القانون . دون أن تكون له ولاية التصرف ، ثم يختلفان فـي جهة أخرى حيث يشترط القانون الوضعي بالنسبة للفضولـي أن يقوم بعمل عاجل وضروري لرب العمل تفضلا منه بلا ولايـــة أو وكالة أو وصاية . بخلاف الفقه الاسلامي الذى لايشتـرط أن يكون العمل الذى يقوم به الفضولي ضروريا أو عاجلا.[1] ولذلك يفترض في الفضولي حين قيامه بعمل من أعمال الفضالة أن يقـوم بذلك على سبيل التبرع والاحتساب في سبيل الله.

ويرى البعض أن[2] (الفقة الاسلامي في جملته قد عـرف نوعين من الفضاله .

النوع الأول : هو نظام الفضاله عند الفقهاء حيث يقوم الفضولي بتصرف شرعي ليست له ولاية عليه دون شرط أن يكون هـذا التدخل ضروريا أو نافعا ودون أن يكون ملزما لصاحـــب

---

(١) د. عبد الرازق فرج العقد الموقوف ص ١١٩.
د. محمد زكي عبد الله العقد الموقوف ص ١٢٩.
د. السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ١ ص ١٨٣.

(٢) د. عبد المجيد مطلوب المرجع السابق ص ١٨

الشأن المتفضل عليه..... ويقابل هذا النوع فى القـــانــون الوضعى ((التصــرف فى ملك الغيـــر)).

النوع الثانــى : نظام الفضالة فى القانون الوضعى حيث يقوم الفضولى بتصرف لحساب الغير)) دون إلزام شروط أن تكون هناك ضرورة لتدخله دون حاجه إلى إجازة.... .

وهذا ما يطلق عليه (فضالة بالمعنى القانونى) الـــذى اشترط فى تحقيقها أن يكون تدخل الفضولى ضروريا أو نافقعا.

ولكن الذى أراه أن تصرفات الفضولى فى الفقه الاسلامى يقابلها فى القانون الوضعى ((التصرف فى ملك الغيـــر)) لا الفضالة لأنه قد تصرف فى ملك غيره بلا ولاية شرعيـــة أو ضرورة تدفع لذلك. وهذا هو رأى جمهور الفقهـــاء.

المبحث الثانـــي

حكم بيع الفضولي ملك غيـــره

٨٠) اختلاف فقهاء الشريعة الاسلامية بشأن تصرفات الفضولي:

إن فقهاء الشريعة الاسلاميه قد اختلفوا في حكـــم تصرفات الفضولي ومنها بيع ملك الغير دون إذن منه او ولايـــة عليه. وذلك على النحو المتقـــدم.

٨١) الرأى الاول : عدم انعقاد بيع الفضولـي:

القول الأول : اذ يرى البعض بأن تصرفات الفضولي باطلـــة ولا أثر لها بالنسبة للمتعاقدين أو الغير ولا يمكن اجازتهـــا او تصحيحها: لأنه لم ينعقد من أساسه : وإليه ذهـــب

أبو ثور وابن المنذر [١] وبعض المالكية: [٢] والشافعية في المذهب الجديد [٣] [٤] والحنابلة في إحدى الروايتين عنهم والشيعة الامامية [٥] والزيدية [٦] والأباضية [٧] في إحدى الروايتين عندهم.

وقد أسسوا هذا القول على أن الملكية والولاية شرط من شروط الانعقاد وحيث أن الفضولي قد تصرف فيما لايملك ولا ولاية له عليه لم يوجد العقد أصلا فيكون باطلا ولا يترتب عليه شيء من أحكام. [٨]

---

(١) المجموع شرح النووى جـ ٩ ص ٢٨٥.

(٢) الفروق القرافى جـ٣ ص ٢٤٢.

(٣) نهايه المحتاج للرملى جـ٣ ص ٢٣ وبعدها. والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٤٧٥ المهذب للشيرازى جـ١ ص ٣٦١ حيث قال (ولا يجوز بيع مالا يملكه من غير إذن مالكه لما روى عن حكم بن حزام أن النبى (ص) قال (لا تبع ماليس عندك) الوجيز للغزالى جـ١ ص ١٣٤ (الشرط الثالث في المعقود عليه أن يكون مملوكا لمن وقع العقد له فيبيع الفضولى مال الغير ... بحكم ببطلان الكل)

(٤) المغنى لابن قدامه جـ٤ ص ٢٠٥ وبعدها. ونيل المآرب بشرح دليل لاطالب ص ٩٩ . وكشاف القناع لمنصور بن إدريس جـ٢ ص ١١ ط سنه ١٣١٩ هـ.

(٥) مفتاح الكرامه للعاملى جـ٤ ص ١٨٤ وبعدها

(٦) المتنزع المختار . عبد الله بن مقتاح جـ٣ ص ٤١

(٧) النيل وشفاء العليل جـ٤ ص ١٣٦ . ضياءالدين عبد العزيز.

(٨) البدائع للكاسانى جـ٥ ص ١٤٨ د. عبد المجيد مطلوب المرجع السابق ص ٣٥.

أدلة أصحاب هذا القـــول:

قد استـدلوا على ماذهبو إليه من بطلان التصرف فى ملك الغير (الفضولى) من الكتاب والسنة والقياس والمعقول.

وإليكم عرض هذه الأدلة فيما يأتى:

أ ـ الكتاب : استدلوا بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجاره عن تراض منكم)(١)

ووجه الدلالة من الآية الكريمة هو أن بيع ملك الغيــر يعتبر أكلا لأموال الناس بالباطل لعدم وجود رضا المالـــك. وبهذا يكون التصرف باطلا لفقد ركن من أركان العقـــد. والاجازة اللاحقة لا تصحح التصرف الباطل ، ويمكن الرد على ذلك بأن تصرف الفضولى لا ينتج آثاره إلا إذا لحقتـــه الاجازه وقبل ذلك يكون موقوفا. فلا يترتب عليه أكـــل أموال الناس بالباطل. (ويكون الاعتراض حينئـذ غيـــر وارد).

واستدلوا بقوله تعالى : (قل أغير الله أبغى ربًا ، وهـــو رب كل شيء، ولا تكسب كل نفس إلا عليها، ولا تـــزر وازره وزر أخرى)(٢).

---

(١) سورة النساء الآية ٢٩ (٢) د. عبد المجيد مطلوب ص ٣٦

(٣) سورة الأنعام الآية١٦٤

وجه الاستدلال أن هذه الآية الكريمة أفادت بطريقة الحصر أن كسب الانسان يكون عليه لاعلى غيره ولو صح تصرف الفضول لكان ذلك اسنادا لكسب الانسان الي غيره وهو ما ينافي مادلت عليه لآيه الكريمة [١] وقيل بأن الآية تدل على أن الفضولي في عقد البيع لا يستطيع أن يملك المشترى الشيء المبيع ولا أن يملك المالك الثمن [٢]

ويمكن الرد على ذلك بأن المالك هو الذى يلزم نفسه بالاجازة وقبلها لا ينتج العقد أى أثر [٣]

ب ـ واستدلوا من السنة الشريفة بهذه الأحاديث :

(١) روى أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجة وغيرهم أن حكيم بن خزام قال : سألت رسول الله(ص) فقلت : يأتينى الرجل يسألنى من البيع ماليس عندى أأبتاع له من السوق ثم أبيعه منه؟؟ قال ((لا تبع ماليس عندك)) [٤]

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الشيء غير المملوك للبائع وأن بيعه يعتبر باطلا لأنه تصرف صدر فيه نهى من الشارع

---

(١) د. الشافعي عبد الرحمن دراسة مقارنة حول عقد البيع ص٥٧ .
(٢) المحلى لابن حزم جـ٨ ص ٤٣٥ .
(٣) د. عبد المجيد مطلوب المرجع السابق ص ٣٦ .
(٤) نيل الأوطار للشركانى جـ٥ ص ٢٥٢ نصب الرايه للزيلص جـ٤ ص ١٩. سنن أبى داود جـ٣ ص ٣٨٤ . باب فى الرحل يبيع ماليس عنده تحقيق الشيخ محمد محى الدين عبد الحميد سنة ١٩٥١م .

الحكيم . والنهى عند هؤلاء يقتضى البطـــــلان)[١]

ويمكن الرد على ذلك بأمرين :

الأمـر الأول : أن النهى الوارد فى الحديث خاص ببيـــع المعدوم فمعنى لا تبع ماليس عندك أى لا تبع المعدوم[٢].

الامر الثاني : هو أن المراد من الحديث أن يبيع الشخـــص شيئا ليس عنده ثم يشتريه ثم يسلم بحكم البيع السابق علـــى دخوله فى ملكه. وهذا غير ممكن وباطل فى الفقه الاسلامـــى لأن الحادث يثبـت ـ مقصوراً على الحال ـ ولا يسبق حكـــم سببـه.[٣]

والذى نراه أن الحديث خاص ببيع المعدوم، وليـــس معناه لا تبع مالا ولايه لك عليه حتى يدخل فيه بيع الفضولـــى الذى ينعقد موقوفا وبهذا يخرج الحديث عم محل النزاع[٤]

---

(١) المجموع للنووى جـ٩ ص ٢٨٦.

(٢) نيل الأوطار للشوكانى جـ٥ ص ٢٥٢ البدائع للكاسانى جـ٥ صـ ١٤٧.

(٣) فتح القدير جـ ٥ ص ٣٠٩.

(٤) الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبى زهره ص ٣٩٦ وبعدها. المدخل للدكتور عيسوى أحمد عيسوى ص ٤٨٣ ، المدخـــل للدكتور/ محمد سلام مدكورص ٦٢٥، المدخل للدكتور/ محمد الحسينى حنفى ص ٤١٤ الفضاله د. عبد المجيد مطلوب ص ٣٧

٢ ـ واستدلوا بما روى عن أبى داود والترمذى وابن ماجـة وغيرهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبـى (ص) قال : (لا طلاق إلا فيما تملك ، ولا عتق إلا فيما تملك ، ولا بيع إلا فيما تملك ، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك). وهو حديث حسن.

ووجه الدلالة من الحديث : هو أن الرسول (ص) نهـى عن بيع مالا يملكه الانسان والفضولى لا يملك ما يبيعـه فلا يصح تصرفه.[1]

وقيل بأن تصرفات الشخص فيما لا يملكه باطله لأنهـا فاقده للشرط والسبب . أما السبب فلأنه جواز التصـرف فى العقود وحلول الملك وهو سبب وعلة له وأما الشـرط فلعدم القدرة على التسليم[2].

ويمكن الرد على ذلك بأن (النفى ورد على تصرفـات تنتج آثارها فى الحال أما تصرفات الفضولى فتتوقـف على الاجازة ـ ولا تنتج آثارها فى الحال)[3]

٣ ـ استدلوا أيضا بما روى عن عمر بن شعيب عن أبيـه

---

(١) د. الشافعى عبد الرحمن ص ٥٨

(٢) مفتاح الكرامه للعاملى جـ٤ ص ١٨٥.

(٣) د/ عبد المجيد مطلوب ص ٣٧.

عن جده أن رسول الله (ص) أرسل عتاب بن أسيد الى أهل مكة أن أبلغهم عنى أربع خصال ، أنه لا يصلح شرطان في بيع، ولا يبع وسلف - ولا تبع مالم تملك - ولا ربح مالم تضحن -[1]

فالحديث قد دل على النهى عن بيع مالا يملكه الانسان - الفضولى كما سبق لا يصح تصرفه لأنه لا يملك ما يبيعه .

ج - القياس : واستدلوا أصحاب هذا الرأى إيضا بأن التصرف الفضولى باطل لأنه لا يقدر على تسليم ما باعه مما لا يملكه - فهو كمن باع السمك فى الماء - والطير فى الهواء والعبد الآبق وكلها بيوع باطلة - فكذلك يقاس عليها تصرفات الفضولى دون إذن أو ولاية فهى باطلة.[2] قياسا على بيع الفرد.

ولكن يرد على ذلك بأن هذا قياس مع الفارق لأن بيع السمك فى الماء أو الطير فى الهواء باطل لعدم وجود محل العقد . بخلاف تصرفات الفضولى فيما لا يملك دون ولاية ، فمحل التصرف شىء موجود . غير أن المتصرف لا يملك هذا

(١) راجع المجموع للنووى جـ٩ ص ٢٦٣ - والمحلى لابن حزم الظاهرى جـ٩ ص ٤٩٩.

(٢) المجموع للنووى جـ٩ ص ٢٨٦. مختصر المزنى جـ٢ ص ٢٠٤ وفي متن البهجه وشرح الشيخ زكريا الأنصارى عليها جـ٢ ص ٤٠٦ ومنها يقول (فلا يصح بيع الفضولى لأنه لا يقدر على تسليمه كالآبق).

المحل فكان العقد موقوفا ولا ينفذ إلا بإجازة المالك الحقيقي. وأما بيع الآبق فينعقد فاسدا مقيدا للملك عند القبض وهذا هو مذهب الحنفية.[١]

د - المعقول : واستدلوا بالمعقول : بأن العقد لا يوجد شرعا إلا إذا كان العاقد له ولاية إصداره ، وهذه الولاية تتحقق بالملك أو بالاذن من المالك . فالولاية كالأهلية فكما لايوجد العقد من فاقد الأهلية لا يوجد من فاقد الولاية. حتى ولو كان كامل الأهلية في نفسه. لأن الانعقاد معناه الارتباط بين كلا من العاقدين بحيث تترتب عليه آثاره شرعا وأنه يحمل في طيه تعهد كل منهما بتمكن الآخر من أحكام العقد كاملة[٢] والفضولي لا يستطيع ذلك لأنه ليس مالكا للمتصرف فيه ولا مأذونا بالتصرف من المالك فلا يكون لتصرفه وجود في نظر الشارع ولا يترتب عليه شيء من الآثار.[٣]

وقيل بأن الحكم لا ينفصل عن سببه - فلا معنى للعقد إلا كونه مفيدا للحكم الذى وضع له. فإذا امتنع إفادته الحكم كان باطلا أو غير منعقد.

---

(١) فتح القدير جـ٥ ص ٣٠٩ وما بعدها.

(٢) المدخل لدراسه الفقه الاسلامي د. محمد مصطفى شلبئص ٣٥٦

(٣) المجموع جـ٩ ص ٢٦٢ وابن حزم في المحلى ج٨ ص ٢٣٧

فالبيع مزيل للملك ، وولاية إزالة الملك يكون صدورها عن المالك . ولا ملك للفضولي فكان انعقاد السبب مستحيلا.(١)

ولكن يرد على ذلك من وجهين :

الوجه الأول : بأن الولاية شرط من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد . وتخلف شرط المنفاذ يؤدى الى وقف نفاذ العقد على الاجازة ممن يملكها شرعا لا أن يقال ببطلانه.(٢)

الوجه الثاني: أنه يمكن أن يناقش ما استدلوا به من أن الحكم لا ينفصل عن سببه ، بأن تأخر الحكم عن السبب لا يجعله لغواً، لأن الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر عنه كما في البيع بشرط الخيا ، ينعقد فيه السبب بالايجاب والقبول. ويتراخى الحكم إلى وقت الاجازة ، وإجازة المالك أو صاحب الشأن تجعل الشيء مملوكا للمشترى من وقت العقد وإن رد فلا ضير عليه إذ مال المالك محفوظ له.(٣)

---

(١) د. عبد الرازق فرج ص ٦٧ د. عبد المجيد مطلوب السابق صـ ٨٣ .

(٢) البحر الرائق لابن نجيم جـ ٥ ص ٢٨١.

(٣) المبسوط للسرخس جـ ١٢ ص ١٥٤ وما بعدها.

٨٣) الرأى الثانـــــى :

بطلان بيع ملك الغير يستند إلى أساس أخلاقى وفنـى : (١)

اذ يقول الدكتور : عبد المجيد مطلوب (إن بطـلان تصرف الفضولى يستند إلى أساس أخلاقى، هو عدم جواز التصرف فى ملك الغير دون إذن شرعى، كما يستند إلى أساس فنـى، هو ـ عند البعض ـ انعدام عنصر من عناصر تكوين التصـــرف القانونى ونعنى به الرضا الذى لا يوجد شرعا إلا بتلاقـــى إرادتيـن ينتج عنهما أثر شرعى فى الحال وهو ـ عند البعـــض الآخر ـ انعدام المحل شرعا.

فالبائع الفضولى مثلا قد يتمكن من تسليم المبيع إلـــى المشترى وهو فى هذه الحالة يسبغ الفقهاء عليه وصف الغاصـــب ولا يعترفون بهذا التسليم الذى لا يترتب عليه أى حـق لأن عقد البـيع باطل).

٨٣) الرأى الثالـث :

تصرفات الفضولى موقوفة على اجازة صاحب الشأن :

يرى بأن تصرفات الفضولى ((بيع ملك)) مشـــروعة

---

(١) د. عبد المجيد مطلوب ص ٣٩

وصحيحه متى كان المتصرف أهلا للتصرفات والمحل يقبل ذلك التصرف في ذاته. غير أن هذا التصرف موقوف على إجازة صاحب الشأن ((المالك)) إن أجازة نفذ برضائه وموافقته عليه وإلا إذا لم يجزه فسخ التصرف وصار باطلا وكأنه لم يكن.

فتصرف الفضولي بناء على هذا القول موقوف لأن صحته وبطلانه مرقوفان على الاجازة أو عدمها.

وإلى هذا الرأى ذهب فقهاء الحنفية[١] وأغلب المالكية[٢].

---

(١) المبسوط للسرخسي جـ١٣ ص ١٥٣ ، بدائع الصنائع للكساني ج٥ ص ١٤٨، فتح القدير ج٥ ص ٣٠٩ ، البحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص ١٦٠ . تبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص ٤٤، الدر المختار ج٤ ص ١٠٤ ، ابن عابدين ج٤ ص ١٠٤ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج٢ ص ٢٩.

(٢) راجع بداية المجتهد ج٢ ص ١٥٠ وفيها يقول (بيع الفضولي اختلفوا فيه هل ينعقد أولا ، وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضى به صاحب المال أمضى البيع، وإن لم يرضى فسخ) والفروق للقرافي جـ٣ ص ٢٢٦ الفرق ١٨٣. حاشية الدسوقي جـ٣ ص ١٢، القوانين الفقهية لابن جزى صـ ٢٣٨، البهجه شرح التحفه جـ٢ صـ ٧٤ شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ ٥ ص ١٩.

وقول الشافعي في المذهب القديم[1] واسحق بن راهويه وإحدى الروايتين لدى الحنابلة[2] وكذلك الشيعة الامامية[3] والزيديه[4] والأباضية[5] في إحدى الروايتين عنهم.

وقد أسسوا قولهم بالتوقف على أنهم يرون أن الملكية والولاية من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد. وعلى ذلك فتصرفات الفضولي منعقده لكنها موقوفه إجازه صاحب الشأن وهو من صدر التصرف لأجله)[6]

*• وقد استدلوا على قولهم. بالكتاب والسنه والقياس والمصلحة والمعقول : وإليك بيانها .

أ ـ الكتاب : استدلوا بعموم ما ورد في كتاب الله تعالى من آيات مثل قوله تعالى: (وأحل الله البيع)[7] وقوله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجاره عن تراضي منكم)[8]

---

(١) المجموع للنووي جـ٩ ص ٢٨٢، ٢٨٥ . شرح البهجة للأنصاري حـ٢ للأنصاري جـ٢ ص ٤٠٦. مغني المحتاج جـ٢ ص ١٥ حاشية البجيدمي جـ٢ ص ١٨٧ . نهاية المحتاج جـ٣ ص ٢٤

(٢) المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٢٠٥ . كشاف القناع جـ٢ ص ١١

(٣) مفتاح الكرامه جـ٤ ص ١٨٤

(٤) المنتزع المختار جـ٣ ص ٤

(٥) النيل وشفاء العليل جـ ٤ ص ١٣٦

(٦) البدائع للكاساني جـ ٥ ص ١٤٨

(٧) سورة البقرة أيه ٢٧٥ (٨) سورة النساء آيه ٢٩

وقوله عز وجل (فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله)(١)

ووجه الدلالة من هذه الآيات أن الله سبحانه وتعالى شرع البيع والتجارة وطلب الفضل. وهذه النصوص عامه تشمل جل البيع سواء أكان نافذا أو موقوفا. وجد الرضا من المتعاقدين في الابتداء أم وجد عند صدور الاجازه ممن يملكها في الانتهاء فيجب العمل باطلاقها إلا ما خص بدليل(٢)

واستدلوا بقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى، ولا تعاونوا على الاثم والعدوان)(٣)

ووجه الدلالة من الآية الكريمه أن إمضاء بيع الفضولي بعد الاذن فيه هو من التعاون على البر والتقوى لأنه يكفي اخاه عنت البيع ومشقة المماكسة وذلك يعتبر تعاونا على البر والتقوى فينبغي القول بصحته ويكون مشروعا.(٤)

---

(١) سورة الجمعة أيه ١٠.

(٢) راجع البدائع للكساني جـ ٥ ص ١٤٨.

(٣) سورة المائدة جـ ٢ ص ٦.

(٤) الفروق للقرافي جـ ٣ ص ٢٤٣

ويمكن الرد على ذلك بأن بيع مال الانسان دون إذنه ليس من التعاون على البر والتقوى، وإنما هو عدوان وافتراء على حقوق الغير بلا إذن منه فهو بلا شك أثم وعدوان (١)

ب ـ السنة : واستدلوا على قولهم بمشروعية تصرف الفضولي بما روى عن حكيم بن حزام أن رسول الله (ص) أعطاه دينارا يشترى به أضحية، فاشترى به أضحية وباعها بدينارين واشترى أضحية بدينار وجاءه بأضحية ودينار فتصدق النبي (ص) بالدينار ودعا له بالبركة (٢)

ووجه الدلالة من الحديث أن الصحابي حكيم بن حزام (ض) قد اشترى مالم يوكل بشرائه، ثم باع مالم يوكل ببيعه. وأقره الرسول (ص) على ذلك فيكون تصرف الفضولي أمرا جائزا وصحيحا ومتوقفا على إجازة المالك فإن أجازة نفذ وإلا فلا.

واستدلوا أيضا بمارري عن أبي داود والترمذى وابن ماجة أن عروة البارقي قال : دفع إلى رسول الله (ص) دينارا لأشترى له شاه، فاشتريت له شاتين، بعت إحداهما بدينار، وجئت بالشاه والدينار إلى رسول الله(ص) . فذكرت له ما كان من أمرى ،

---

(١) د. الشافعي عبد الرحمن ص ٥٥ المرجع السابق.
(٢) نصب الراية جـ ٤ صـ ٩٠

فقال : (ص) : بارك الله لك في صفقة يمينك) [١]
فكان لا يشترى شيئا إلا ربح فيه . ولو اشترى ترابا
ربح فيه .

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن عروة باع الشاة
التى اشتراها للنبى صلى الله عليه وسلم دون إذنه ورغم
ذلك لم يبطل عقده بل أقره على ذلك . فكان دليلا
على أن التصرف صحيح ولكنه موقوف لا ينتج أثره إلا
بالاقرار أو بالاجازة ولو كان باطلا لرده وأنكر عليه ،
ولأن ركن التصرف صدر من أهله مضافا إلى محله
ولا ضرر في انعقاده موقوفا فينعقد .

ومن المعلوم أن عروة لم يكن مأمورا ببيع الشاة
فلو لم ينعقد تصرفه لما باع ولما دعا له رسول الله (ص)
بالخير والبركة على ما فعل ولأنكر عليه لأن الباطل
ينكر : ولأن تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن
ما أمكن . وقد أمكن حمله على الأحسن ههنا لأنه قصد
البر والاحسان والاعانة على ما هو خير للمالك [٢]

---

(١) نصب الراية جـ ٤ ص ٩٠ وسبل السلام جـ٣ ص ٢٠٠ وما بعدها

(٢) تبين الحقائق للزيلعي جـ ٤ ص ١٠٣ ، فتح القدير جـ٥ ص ٣٠٩
البحر الرائق لابن نجيم جـ٦ ص ١٦٠ ، العنايه للبابرتي جـ ٥
ص ٣١١ . البدائع جـ ٥ ص ١٤٩ مجمع الأنهر شرح ملتقى
الأبحر جـ٢ ص ٧٢ .

ولكن يعترض على ذلك بأن حديث حكيم بن حزام لايصح الاستدلال به لأمرين

الامر الأول : أنه حديث ضعيف . سواء من حيث السند الذى رواه أبو داود لما فيه من راو مجهول أو الذى رواه الترمذى لما فيه من انقطاع.(١)

الامر الثاني: أن الحديث لو سلم من ناحية سنده فإنه يحمل على أن حكيما كان وكيلا للنبى (ص) وكالة مطلقة . لأنه قد باع شاه وسلمها واشترى شاه أخرى بثمن أقل . وهذا أمر لا يجوز إلا بإذن مالكها. ولم يستأذن الرسول (ص) فى ذلك ، فدل على أنه كان وكيلا وكالة مطلقة:

وهذا الاعتراض أيضا يوجه إلى حديث عروة البارقى لأنه مروى بمعناه.(٢)

ج ـ القياس : واستدلوا بالقياس فقالوا : إن عقد الفضولى عقد له مجيز حال وقوعه فجاز أن يصح موقوفا على الاجازة

(١) المجموع للنووى جـ ٩ ص ٢٦٢ .

(٢) د . الشافعى عبد الرحمن ص ٥٦

قياسا على الوصية بأكثر من الثلث فأنها تجوز وتكون موقوفة على إجازة الورثة.

كما يقولون بأنه يجوز بيع الفضولي قياسا على البيع بشرط الخيار إلى ثلاثة أيام فهو بيع صحيح باتفاق وإن كان بيعا موقوفا على إجازة صاحب الشأن.(١)

د ـ المعقول : واستدلوا أيضا أصحاب هذا الرأى بالمعقول : بأن تصرف الفضولي توافر فيه جميع أركان التصرف الصحيح. فمثلا لو باع الفضولي مال غيره لآخر. فالبائع والمشترى قد عبرا بارادتهما تعبيرا صحيحا سليما بتلا قيهما ومحل العقد متقوم ومشروع . وكونه غير مملوك للبائع لا يؤثر على وجوده، لأنه لوباعه بإذن مالكه يجوز ، فالعقد في هذه الحالة بلا شك العقد سليما، ولكن هناك مانعا أوقف نفاذ هذا التصرف وهو احتمال عدم رضاء المالك به. فإذا أجاز المالك هذا لبيع زال المانع ونفذ العقد وترتبت عليه آثاره من وقت انعقاده.(٢)

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٣١٠ ، الفروق للقرافي جـ٣ ص ٢٤٤

(٢) المبسوط للسرخسي جـ١٣ ص ١٥٤ والفروق للقرافي ، د. عبد المجيد مطلوب ص ٤٥.

٥ - المصلحـــــة : واستدلوا على ذلك بأن التصرفات ما شرعت إلا لتحقيق مصلحة، وهذا التصرف إن لم يكن فيه مصلحة فـلا ضرر فيه، لأن الظاهر أن هذا الفضولي ما أقدم على ذلـك إلا لمصلحة عاجلة قد تفوت على من كان التصرف له، المفروض أنه عاقل، والحكمة تقضي بعدم إهدار كلام العقـــلاء.(١)

ولهذا فإن ثبوت انعقاد تصرف الفضولي موقوفا علـى الاجازة تتحقق به المصلحة لكل من المتعاقدين والمعقود لـه.(٢) ولا ضـرر على أحد في ذلك ولا مانع شرعي. فقد وجـد المقتضي لثبوته وانتفى المانع فيدخل ثبوته في العمومـات التي توجب رعاية المصالح ودفع المضار.

وبناء على ذلك فإن انعقاد تصرف الفضولي موقوفا علـى الاجازة فيه رعاية للمصلحة ويعد تعاونا على البر فضلا عـن التسامح والتيسير على الناس في المعاملات ورفع الحرج والضيق عنهم.(٤)

وجملة القول فيما سبق بالنسبة للقول الثاني لفقهـاء الشريعة فإنهم يرون بأن الفضولي الذى تصرف . في شئـون غيره دون إذن أو ولاية عليه تكون صحيحه لتوافر أركـان

(١) المدخل لدراسة الفقه الاسلامي محمد مصطفى شلبى ص ٣٥٧

(٢) المبسوط للسرخس. جـ١٣ ص ١٥٤ والفروق للفراقى جـ٣ص ٢٣٢

(٣) د. عبد المجيد مطلوب ص ٤٤.

(٤) فتح القدير جـ٥ ص ٣١ ، البدائع جـ٥ ص ١٤٨ الملكية ونظرية العقد - محمد أبو زهرة ص ٢٩٧.

انعقاده من الرضا والمحل والسبب . ولكن يمتنع نفاذ تصرف الفضولي شرعا لمانع فتتوقف على زوال ذلك المانع وبالاجازة يزول هذا المانع.(١)

٨٤ ـ الرأى الراجح:

ومما سبق عرضه بالنسبه لحكم تصرف الفضولي وخاصة في بيع ملك الغير فإنه قد اتضح للقارىء بأن هناك اتجاهين:

الاتجاه الأول : لبعض الفقهاء يرون بأن تصرفات الفضولي باطلة لما سقناه من أدلة تؤيد ذلك من الكتاب والسنة والقياس والمعقول وقد بينا الاعتراضات التى وجهت لنقض هذه الأدلة.

الاتجاه الثانى: يرون بأن تصرفات الفضولي صحيحه وموقوفة لتوافر أركان انعقادها ولا تنفذ إلا برضا المالك الحقيقي. وإلا بطل التصرف وكأنه لم يكن . وهذا ما نميل إليه ونرجحه لقوة أدلته فى جملتها. ولما فيه من تيسير على الناس في معاملاتهم وتحقيق مصالحهم الضرورية والحاجية وإعانه بعضهم لبعض دون ضرر يلحق بأحد المتعاقدين. وفضلا عن ذلك فإن القول بوقف تصرفات الفضولي يتفق تماما مع مبدأ

---

(١) البحر الرائق جـ ٥ ص ١٢٨ . رد المحتار على الدر المختار جـ ٤ ص ١٠٤.

الرضائية فلا يخرج شيء من ملك الشخص جبرا عنه أو دون إجازته.[1]

وبهذا نستطيع أن نقرر بأن بيع ملك الغير يعتبر عقدا موقوفا على إجازة صاحب الشأن إن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل.

ولكن هذا الحكم ليس على إطلاقه بل قيده الفقهاء بقيدين:

القيد الأول : أن يكون لهذا العقد مجيز[2] وقت إنشائه فإن لم يكن له من يجيزه وقت العقد فلا ينعقد ولا تفيده الإجازة مثل : ما لو باع شخص مال صغير بغبن فاحش أو وهب ماله أو طلق زوجته - فإن تصرفات الفضول في هذه الحالة تكون باطلة حيث لا مجيز لها وقت إنشائها وذلك لعدم أهلية الصبي - فضلا عن هذه التصرفات الضارة به - والتي لا يملكها الولي.

بخلاف ما لو كان البيع بمثله أو اكثر منه - وكان للصبي ولي له حق الاجازة فيتوقف العقد على إجازته - وكذلك

(١) العقد الموقوف د. محمد زكي عبد البر ص ١٣٠ المدخل د. محمد سلام مدكور ص ٦٢٥ المدخل د. الحسيني حنفي ص ٤١٥ د. مطلوب ص ٤٥.

(٢) المجيز هو من جعل الشارع له حق تقرير وإمضاء ذلك التصرف أو رفضه.

إذ كان البيع لمال العاقل الرشيد.[١]

وكذلك إذا باع الفضولي الشيء على أنه لمالكه ـ أو باعه لنفسه فإنه لا ينعقد أصلا لعدم وجود المجيز الأول ـ كما لا يجوز للواحد أن يتولى الطرفين في البيع في الثاني لأنه والحالة هذه يكون مشتريا لنفسه.[٢]

القيد الثاني : ألا يمكن تنفيذ هذا العقد على الفضولي عند رفض صاحب الشأن له ـ كما إذا باع مال غيره أو أجازه أضاف العقد إلى صاحب المال أو لم يضفه أما اذا كان يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند عدم إجازته فإنه لا يبطل بل إن أجازة من عقد لأجله نفذ عليه ـ وإن رده نفذ على الفضولي ـ لأن الأصل أن الانسان يعقد لنفسه إلا إذا ما يصرفه عن هذا الأصل ـ ولأهمية الإجازة ومالها من أحكام خاصة في الشريعة والقانون سنفرد لها فصلا خاصا بها.

---

(١) د/ محمد مصطفى شلبي ـ المرجع السابق ص ٣٥٧

(٢) الهداية جـ ٥ ص ٣٠٩ ـ البدائع جـ ٥ ص ١٤٨ فتح القدير جـ ٥ ص ٣١١ ـ الزيلعي جـ٤ ص ١٠٣

الفصل الثالث

الاجازة فى الشريعة والقانون

٨٥ ـ تمهيد وتقسيم .

٨٥) تمهيد وتقسيم :

مما سبق يتضح للباحث بأن مصير العقد الموقوف فى الشريعة ويقابله العقد القابل للابطال فى الفقه الوضعى ـ ينتهى إلى أمرين :

الأمر الأول : إجازة العقد ممن له الحق فى الاجازة شرعا وقانونا . مما يترتب عليها نفاذه من وقت انعقاده .

الأمر الثانى : رفض إجازته ويترتب عليه رد التصرف الموقوف (بيع ملك الغير) واعتباره باطلا من وقت نشوئه ولأهمية الإجازة وصلتها القوية بالموضوع نتحدث فى هذا الموضوع وأهم هذه النقاط . هى :

١ ـ تعريف الإجازة لغة وشرعا وقانونا .

٢ ـ من له حق الإجازة ؟؟.

٣ ـ محل الإجازة وشروطها .

٤ ـ آثار الإجازة وتقادمها .

وسنبين هذه النقاط فى اربعة مباحث فيما يلى:

المبحث الاول

تعريف الاجازة

٨٦) الاجازة لغة :

هى انفاذ التصرف وامضاؤه وجعله جائزا نافذا يقال أجزت العقد جعلته جائزا نافذا . وجاز العقد نفذ ومضى على الصحة، وأجاز رأيه أنفذه وأجاز له البيع وأمضاه.(١)

٨٧) الاجازة شرعا:

تصرف انفرادى يصدر عن صاحب الحق فيه لابقاء تصرف قانوني أو مادى موقوف النفاذ فى حقه فيترتب عليه.

(١) المعجمات اللغوية مادة (جوز) والمصباح المنير (الجيم مع الواو ومايثلثهما) جـ١ ص ٥٤ ط ١ سنة ١٣١٥هـ .

نفاذ التصرف وانتاجه كافة آثاره بأثر رجعي أو بأثر حالي، حسب طبيعه التصرف الموقوف.(١)

وقيل بأنها : تصرف شرعي في العقد بالابقاء بموجب نفاذه وترتب حكمه عليه، إما مستندا إلى وقت وجوده أو مقتصرا على حال صدورها ، فللولي أو لناقص الأهليه نفسه عند ما يستكمل أهليته أو مالك الشيء في حالة بيع الفضولي لمال الغير حق إجازة التصرف الموقوف.(٢)

٨٨) ج ـ الاجازة قانونا :

هي تصرف يقصد به النزول عن الحق في التمسك بابطال العقد ممن تقرر له هذا الحق، والاجازة تتم بإرادة منفردة وتنتج أثرها دون حاجة إلى قبول أو موافقة الطرف الآخر.(٣)

٨٩) الفرق بين الاجازة والاذن والاقرار :

الاجازة هي الرضا بالتصرف بعد وقوعه. أما الاذن فهو الأمر بالتصرف قبل حصوله.(٤)

---

(١) البدائع ج ٥ ص ١٤٩ وبعدها فتح القدير ج ٥ ص ٣١١ د. عبد المجيد مطلوب ص ١٢٠.

(٢) تكملة فتح القدير جـ٨ ص ٢٢٤. وفي الهداية وفتح القدير جـ٥ ص ٣١١ العقد الموقوف ص٢٠٢ ، الاجازة في التصرفات القانونية دراسة مقارنة د. عبد الرازق فرج.

(٣) د. مختار القاضي أصول الالتزامات ص ١٠٧.

(٤) احكام النصر عن الغير للشيخ أحمد ابراهيم ص ٢٠.

وكل من ملك الاذن السابقة ملك الاجازة اللاحقة ويكون الاذن لما سيقع. أما الاجازة فإنها تكون لما وقع ويكـــون الاذن بمعنى الاجازة إذا حدث بعد التصرف وكان الأمر قــد وقع وعلم به الآذن.(١)

٨٩) والفرق بين الاجازة والاقرار :

أمر واضح لأن الاجازة ترد على العقد القابل للابطـــال من العاقد الذى تقررت لمصلحته هذه القابلية لتزيل مالحـــق العقد من عيب يمكن الطعن فيه بالبطلان.

بخلاف الاقرار الذى يرد على عقد صحيح من شخـــص لم يكن طرفا فيه ولا يلتزم به فجعله نافذا فى حقه مثل اقرار المالك الحقيقى البيع الصادر من غير مالك.(٢) ومثل اقـــرار الورثة للتصرفات التى أجراها مورثهم فى مرض موته واقـرار الأصيل للتصزف الذى أبرمه نائبه متجاوزا حدود نيابتـــه.(٣)

- الفرق بين الاجازة وعمل العقد من جديد :

الاجازة تصرف انفرادى من جانب واحد . بـــــات

(١) راجع جامع الفصولين لابن قاضى سماوه جـ١ ص ٢٣١.

(٢) د. سليمان مرقس أصول الالتزامات ص ٢٣٥.
د. عبد المنعم الصدة جـ ١ ص ٢٠٤ الالتزامات.

(٣) د. لبيب شنب مصادر الالتزام ص ٢٣٢.
د. السنهورى نظرية العقد ص ٦٦٥.
بلانيـول ودييبير جـ ٢ صـ ٢٩٢ فـــ ٨٥٩.

لاتحتاج إلى قبول. أما عمل العقد من جديد فيقتضى توافق إرادتين متطابقتين. وفضلا عن ذلك فليس له أثر رجعى بعكس الاجازة فإن لها أثرا رجعيا.(١)

٩٠) **المقارنة بين الشريعة والقانون :**

بالمقارنة بين تعريف الاجازة فى الفقه الاسلامى، والقانون الوضعى. نجد أنهما يتفقا فى أن كلا منهما يعتبر تصرفا أنفراديا صادرا من جانب واحد.

ويختلفان من حيث أن كل ما يترتب على الاجازة فى القانون هو تأكيد عوامل الصحة فى العقد القابل للابطال وإزاله الخطر الذى كان يهدده بالزوال فهى لا تضيف إليه جديدا. لأنه كان منتجا لآثاره قبل إجازته. بخلاف العقد الموقوف فهو لا ينتج أثرا قبل إجازته. فإذ ما أجيز أصبح نافذا منتجا لأثره إما مستندا إلى وقت صدوره أو مقتصرا على حال الاجازة.(٢)

٩١) **تحقيق الاجازة فى الشريعة والقانون :**

والاجازة فى الشريعة تتحقق باللفظ الصريح ممن له حق

---

(١) مصادر الحق للفقه الاسلامى د. السنهورى جـ٤ ص ١٠٩.

(٢) د. عبد الرازق فرج العقد الموقوف ص ٢١٤.

د. عبد المجيد مطلوب ص ١٢٥.

الاجازة كقوله (أجزت التصرف أو قبلته أو رضيت به) أو ضمنيا كمن طلب من له الحق فى الاجازة الثمن من المشترى.

والفرق بينهما واضح : لإن التعبير الصريح يدل على الاجازه دون اجتهاد أو فقه. أما الضمنى فيخضع لتقدير القاضى مستهديا فى ذلك بالاعراف المحلية. والظروف المحيطة بكل قضية.

ويتحقق أيضا بالاشاره المفهمة وبالكتابة المستبينه على الورق. وبالفعل الدال على الاجازة وقد يكون صريحا مثل مالو سلم المالك الشيء المبيع الى المشترى فى بيع الفضولى أو قبض الثمن منه أو ضمنيا مثل مالو وهب المالك الثمن للمشترى أو تصدق به عليه.(١)

وفى القانون تكون الاجازة صريحة مثل قول (اسقطت أو تنازلت عن حقى فى طلب الابطال وقد تكون ضمنيه تستفاد من اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته مثل مالو قام المشترى الذى له حق ابطال عقد البيع بدفع الثمن بعد علمه بالعيب الذى لحق إرادته وحقه فى التمسك به لابطال العقد.(٢)

---

(١) جامع الفضولين جـ١ ص ٢٣١ البحر الرائق لابن نجيم جـ١ ص ٢٣١. البدائع جـ٥ ص ١٢٥ مواهب الجليل جـ٤ ص ٢٢٩ نهاية المحتاج جـ٢ ص ١١ ، المغنى لابن قدامه جـ٣ ص٥٦٦.
(٢) أصول المعاملات د. جلال العدوى ص ١٩٨.

وكذلك تنص المادة ١٣٩ / ١ مدنى مصرى (يزول حق إبطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية) فالاجازة نوعان : صريحة وضمنية كما سبق. أما مجرد السكوت عن طلب ابطال العقد لا يعتبر أجازة مهما طالت المدة إلا إذا سقط الحق فى هذا الطلب بالتقادم.[١] وهذا هو رأى جمهور فقهاء الشريعة من الحنفية والشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية والأمامية. خلافا للمالكية الذين قالوا بأن السكوت يكون دليلا على الاجازة إذا كان التصرف بحضور المتصرف له ولم يكن هناك مانع من انكاره أو رده. أما إن كان يعتبر حضوره ولم يعلم به فهو مخير بين فسخ البيع أو أخذ الثمن ولا يضره السكوت.[٢]

---

(١) د. السنهورى الوسيط جـ١ ٥٦٨ نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية د. عبد المنعم الصدة جـ٢ ص ٣٢ نظرية البطلان د. جميل الشرقاوى ص ٣٨٧ ونظرية الالتزام د. سمير تناغو صـ ١٠٠.

(٢) راجع : المبسوط للسرخسي ج ٣ ص ١٤٠ جامع الفضولين ج٣ ص ١٤٠ حاشيه الحموى على الأشباه والنظائر جـ٢ ص ٢٢٠ . المجموع شرح المهذب جـ٩ ص ٢٦٤ مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٥ نهايه المحتاج جـ٣ ص ٢٥ المغنى لابن قدامه جـ٤ ص ٢٠٥ . البهجه شرح التحفه للتسولى جـ ٢ ص ٤٧.
مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٢٧٠.
مفتاح الكرامة للعاملى جـ ٤ ص ١٩٨ ، البحر الزخار لابن المرتضى جـ ٢ صـ ٢٣٠.

٩٢) **الرأى الراجـح:**

والذى أراه وأرجحه أن الأصل فى الشريعة الاسلاميـة هو أن السكوت لا يدل على الرضا وليس دليلا على الأجـازة إ لا ينسب لساكت قول. ولكن السكوت يكون دليلا علـى الرضا إذ اقامت قرينة أو أحاط بالتصرف من الظروف مـا يجعله يدل على الرضا قبل ما لو تسلم المالك الذى بيـع ملكه دون إذنه للثمن بلا اعتراض منه على ذلك فيكـون السكوت بيانا.(١)

وبهذا أخذ القانون المدنى الحالى فى المادة ٩٨ مدنى مصرى، والقانون المدنى العراقى فى المادة ٨١ التى تنـص على أنه (لا ينسب لساكت قول ولكن السكوت فى معـرض الحاجه بيـان) والمادة ١٣٦ /١ تقول (إجازة العقد الموقـوف تكون صراحه أو دلالة) وهذا يتفق مع الفقه الاسلامى.

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٨ د. عبد الرازق فرج صـ(٢

المبحث الثاني

المجيز

٩٣) المجيز في الفقه الاسلامي:

هو كل شخص يملك مباشرة التصرف الموقوف . فإذا باع الفضولي ملك الغير توقف العقد على إجازة ذلك الغير وهو المالك .

وفي حالة مالو أجيز تصرف الفضولي نفذ التصرف من وقت عقده على اعتبار أنه وكيل عن المالك . وفي حالة عدم اجازة من له الحق فيها بطل التصرف وكأنه لم يكن.

ولكن هل للمتصرف إليه (المشتري من الفضولي) حق الاجازة ؟

والاجابة عن ذلك واضحة بأنه ليس من حقه الإجازة بل من حقه الفسخ قبل إجازة المالك . أما إذا سكت حتى أجاز المالك التصرف . فلا يملك الفسخ لأنه بهذه الاجازة يعتبر العقد نافذا من وقت صدوره . ويعد المشتري مالكاً

للمبيع من وقت النفاذ . بل لا يجوز للمشترى إجازة الشيء المبيع قبل قبضه لعدم المجيز .(١)

وهل للفضولي حق الاجازة؟؟

ليس له حق الاجازه بل له حق الفسخ قبل إجازة المالك ليدفع الحقوق عن نفسه .(٢)

وهناك حالات كثيرة للعقد الموقوف وفيها يختلف المجيز من عقد لعقد آخر . فلولي الصبي حق الاجازة في التصرف الدائر بين النفع والضرر . وللصبي نفسه بعد بلوغه، وللقاضي في حالة من لاولي له أووصي .

وإجازة المرتهن . وإجازة المستأجر في بيع الشيء المرهون والشيء المستأجر . وما يتعلق بهذه الحالات من أحكام تخرج عن نطاق بحث بيع ملك الغير .(٣)

---

(١) راجع فتاوى قاضي خان جـ٢ ص ١٧٥ : (باع ثوبا من رجل ولم يقبضه المشترى حتى باعه البائع من رجل بفضل عشرة دراهم ثم أجاز المشترى بيع البائع لا تصح إجازه لأنه بيع مالم يقبض) .

(٢) فتح القدير جـ٥ ص ٣١٢ خلافا للمالكية الذين يرون أن تصرف الفضولي لازم من جهة الفضولي ومن تعاقد معه إذا كان راضيا بالعقد . الشرح الكبير للدسوقي جـ٣ ص ١٢

(٣) راجع ـ ابن عابدين جـ٤ ص ١٤٠ . والميسوط للسرخسي جـ١٣ ص ١١ . والبحر الرائق لابن نجيم جـ٥ ص ٢٨٠

٩٤) المجيز في القانون الوضعي:

هو من يكتب له الحق في التمسك بالابطال مثل المشترى في بيع ملك الغير، والموهوب له في هبة ملك الغير والدائن المرتهن في رهن ملك الغير رهنا رسميا أو حيازيا.[١]

وشذ عن ذلك بيع ملك الغير. فالمالك الحقيقي له الحق في إقرار التصرف، وإن لم يكن له الحق في الابطال لأنه ليس طرفا في العقد[٢] وفقا للماده ١٢٨ مدني مصري. وفضلا عن ذلك فإن هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشترى فإذا أجاز المالك الحقيقي لم يعد هناك مانع من انتقال الملكيه وبهذا تنتهي العلة الدافعة للبطلان.

بعكس العقد الموقوف في الفقه الاسلامي فإن الشخص يملك الاجازة والفسخ كالمالك في بيع ملك الغير. أو يملك الاجازة دون الفسخ كالمستأجر في حالة مالو باع الشيء المستأجر.

(١) مصادر الحق د. السنهوري جـ٤ ص ١١٦ نظرية الالتزام د. / سمير تناغو ص ١٠٠.

(٢) د. السنهوري الوسيط جـ١ ص ٥١٥، ونظرية العقد ص ٦٦٨. د. حمود جمال الدين زكي في النظرية العامة للالتزامات ص ٢٦٠ القانون المدني الفرنس مازو جـ٢ ص ٢٥٢ ف ٢٠٩ جـ١ ١٩٦٢ وراللوز ص ٦٣٧ ف ٤٤ جـ٢ مشار إليه د. عبد الرازق فرج في العقد الموقوف ص ٢١٦ هامش. وانظر مؤلفه في الاجازه ص ٣٧.

فالمبدأ العام أن الذى يوقف العقد فى حقه يكون لـــه حق الاجازة بخلاف حق الفسخ فإنه يكون له أولا يكون فـــى بعض الحالات.[١]

وليس من حق المجيز أن يرجع عن الاجازة بعد صدورها لاحداث أثرها دون حاجة إلى علم الطرف الآخر بها ولـــذا لا يستطيع الرجوع فيها.[٢]

---

(١) د. عبد الرازق فرج العقد الموقوف ص ٢١٦.

(٢) د. عبد الرازق فرج. الاجازة فى التصرفات القانونية ص٣٨.

المطلب الثالث

محل الاجـــــازة

٩٥) محل الاجازه فى الفقه الاسلامى:

التصرف الموقوف محل للاجازة فى الفقه الاسلامـــى فالاجازة هنا تصرف فى عقد موقوف ، وكذلك فهى لا تـــرد على العقد النافذ ولا العقد الباطل لأنه معدوم، والاجـــازة لا تخلق من العدم وجودا. ويشترط أن يكون محل الاجازة تصرفا شرعيا قوليا مقوما [١] وأن يكون قائما وقـــــت صدورها وإلا بطل العقـد.

لأن الاجازة لها حكم الانشاء وبها تترتب الأحكـــام، ولذلك لابد من وجود محل يظهر فيه الحكم.

---

(١) والتصرف هو (كل ما يصدر عن الشخص من أقوال أو أفعال ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج) والتصرفات القولية نوعان : تصرفات تمليكية كالبيع والشراء والاجازة والزواج والثانى: تصرفات اسقاطية : ابراء الدين للمدين. والطـلاق والتنازل عن حق الشفعه والعفو عن القصاص. والبدائع جـ٧ ص٩٧.

وهناك حالات كثيرة يكون التصرف فيها محلا للاجازة أهمها : التصرف الصادر عن الغير دون أن تكون للمتصرف الولاية التصرف وهذا يعني أنه لم يكن نائبا أو وكيلا فإنه والحالة هذه ينعقد تصرفه موقوفا على الاجازة. وتشتمل هذه الحالة على أنواع من التصرفات : أهمها :

- تصرف الفضولي بالبيع يعتبر محلا للاجازة . لأن البيع ينعقد موقوفا لا ينتج أثره حتى يجاز من المالك أو الولي أو الوصي ممن لهم حق الاجازة وهذا هو رأى جمهور الفقهاء حينما تكلمنا عن حكم تصرف الفضولي.

- أيضا إجازة الفضولي لملك الغير تعتبر محلا للإجازة (١) فالاجازة كالبيع يشترط فيها أن يملك العاقد محل العقد أو يكون له الولاية عليه.

- وقد يكون محلا للاجازة هبه ملك الغير، ووقف ملك الغير . والوصيه بمال الغير وغيرها من التصرفات الأخرى . كالزواج والخلع والطلاق. وغير ذلك من الحالات الأخرى التي لا يتسع المقام لذكرها.

---

(١) البدائع للكاساني جـ ٤ ص ١٧٠.

٩٦) محل الاجازة فـي القانون :

إن الاجازة في القانون ترد على العقد القابل للابطـال، ولا ترد على العقد الباطل وهذا محل اتفاق بين الشريعـة والقانون لأن العقد الباطل معدوم. ولا تستطيع الاجازة أن تخلق من العدم وجودا بل يجوز عمله من جديد. ويطلق علـى هذا التصرف القابل للابطال بالتصرف الباطل بطلانا نسبيا ـ وهو تصرف منتج لآثاره مادام لم يتقرر بطلانه. فإذا تقرر بطلانه زال العقد بأثر رجعي وكأنه لم يكن [١] ويتسـوى الأمر بينه وبين العقد الباطل بطلانا مطلقا.

وأهم حالات العقد القابل للابطال (محل الاجازة):

هـي:

١ ـ تصرف الصبـي المميز الدائربين النفع والضرر ومـن في حكمه كالسفيه وذى الغفله.[٢]

---

(١) د. السنهورى نظرية العقد ص ٦٦٨.
د. عبد المنعم الصده . نظرية العقد ص ٧٩ جـ٢.
د. جميل الشرقاوى نظرية البطلان ص ٣٨٥
مازو شرح القانون المدنى الفرنسى الالتزامات جـ٢ صـ ٢٥٢
فـ ٣٠٩ جـ ١ ١٩٦٢،
د. عبد الرازق فرج ص ٢١٨ فى العقد الموقوف . ٦٦ فـى الاجازة.

(٢) م ١١١/٢ مدنى ، م ١١٥ مدنى مصرى.

٢ ـ حالة وجود عيب من عيوب الارادة وهي الغلط والتدليس والاكراه والاستقلال.[١]

٣ ـ حالة وجود نص خاص في القانون (بطلان بيع ملك الغير)[٢] فالعقد هنا قابل للابطال بين البائع والمشترى ولا يكون نافذا في حق المالك الحقيقي.

---

(١) م ١٢٠ ، ١٢٥ / ٧ ، ١٢٧ ، ١٢٩ مدني مصري

(٢) م ٤٦٦ مدني مصري.

المطلب الرابـــع

شروط الاجـــــــازة

٩١) تميهـــــــد :

إن الاجازة لها شروط لا بد من توافرها حتى يترتـــب عليها آثارها من نفاذ الغقد وسريانه في مواجهة من يجيــزه .

٩٢) شروطها في الفقه الاسلامي:

بناء على القول بصحة تصرف الفضولي . فإن القائلين به يشترطون لصحه إجازة هذا التصرف عدة شروط يجـــب توافرها وهي:

ـ أن يكون للتصرف شخص يجيزه عند صدوره فـإذا لم يكن له من يجيزه لم تصح الاجازة اللاحقـــة بعد ذلك . مثل مالو أوصى الفضولي بشيء من مـــال

الغير ثم أجازها الصغير بعد بلوغه فإن اجازته غير صحيحة .

٢ ـ أن يكون صاحب الحق موجودا على قيد الحياة عند صدور الاجازة. فاذا كان ميتا قبلها. فلا يجوز لورثته أن يقوموا مقامه فى إصدار الاجازة . وعلة ذلك أن الحق هنا حق شخصي للمجيز فلا يورث عنه.

٣ ـ أن يكون الفضولي موجودا على قيد الحياة وقت صدور الاجازة فإذا كان قد مات قبل صدورها فإنها حينئذ لا تصح لعدم وجود أحد طرفى العقد وقت صدورها .

ـ ويلاحظ أن هذا الشرط خاص بالعقود التى ترجع فيها الحقوق إلى الوكيل مثل عقد البيع ـ فأما العقود التى ترجع فيها الحقوق إلى الموكل كالزواج فلا : يشترط فيها ذلك .

٤ـ أن يكون الشخص الذى تعاقد معه الفضولي موجودا على قيد الحياة عند صدور الاجازة فأما إذا كان هذا المتعاقد ميتا قبل صدورها فإن الاجازة الصادرة بعد موته لاتعتبر صحيحة لعدم وجود أحد طرفى العقد.

٥ ـ أن يكون المعقود عليه موجوداً وقت الاجازة فلو هلك وتلف المعقود عليه قبل صدور الاجازة

فأنها تقــع باطله.[١]

٩٩) شروط الاجازة في القانــون

يشترط في الاجازة التي تصحح العقد القابل للابطـــــال عدة شــروط هــي :

١ ـ يجب أن تتجه إرادة المجيز إلى التنازل عن حقه فــي طلب الابطال ـ وأن يكون وقت الاجازة عالما بالعيب الذي يشوب العقد المراد إجازته.[٢]

٢ ـ أن يكون المجيز ذا أهلية للإجازة والأهليه المطلـوبـه هنا هي أهلية ابرام العقد محل الأجازة ـ ولذلـــــك يجب لاجازة العقد القابل للابطال بسبب نقص الأهلية أن تكون الأهلية كاملة وقت الاجازة وإلا كانـــــت الاجازة قابلة للابطال كالعقد سواء بسواء وللولـــــي أو الوصي أو القيم الاجازة شريطة أن يكون العقــــد داخلا في نطاق النيابة.

---

(١) البدائع للكاساني جـ ٥ ص ١٥٠ فتح القدير جـ٥ ص ١١٢ جامع الفصولين جـ١ ص ٢٣ ابن عابدين جـ٤ صـ ١٤٢ المجموع جـ ٩ ص ٢٨٣. د. الشافعي عبد الرحمن . عقــــد البيع ص ٥٩.

(٢) د. لاشين الغاياتي ص ١٥٣ د. جمال العاقل ص ١٢٥

٣ ـ أن تكون إرادة المجيز سليمه وخالية من العيـــــوب ·
إذا كانت قابليه العقد للأبطال قد قررت بسبب عيب
من عيـوب الارادة ·

وتجب لصحه الاجازة أن يصدر بعـد زوال العيب أى بعد
وضوح الغلط أو التدليس أو الاستقلال أو بعد زوال الاكـــراه
وإلا كانت الاجازة معيبـة وقابلة للابطـال.[1] فاذا توافـرت
هذه الشروط المطلوبة فى الاجازة فإن العقد يصبح صحيحـــا
ومنتجا لأثاره بأثر رجعى أى من وقت التصادر لا من وقـت
الاجازة ·

١٠٠) اثبـات الاجـازة :

يقع عبء إثباتها على مدعى الاجازة[2] بكل طـرف
الاثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن وهذا فـــــى
حالة مالو كانت الاجازة صريحة ـ أما إذا كانت غير صريحـة
فالأمر يختلف باختلاف قيمه العقد المجاز ـ فإذا كانـــت
قيمـــه عشرين جنيه فأقل فإنه يجوز اثبات إجازته بكـــل
وسائل الاثبات · وإذا كانت قيمة تزيد على عشريـــن
جنيه فإنه يجب اثبات الاجازه بالكتابه او مايقوم مقامها·[3]

(١) د· لبيب شنب ص ٢١٢ ·
(٢) نقض مدنى ١٩٥٣/١١/٢٦ م ق م ٢٨/٥ ـ ٢٠٢
،، ،، ١٩٧٢/٢/١٥ ،، ،، ،، ،، ٢٣/٥٠ ـ ٢٥ ـ ١٦٢
(٣) م ٦١ من قانون الاثبات ·

(١٠) المقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي فيتضح أن الفقه الاسلامي يتفق مع القانون الوضعي في هذه الشروط غير أن بعض الفقهاء الاسلاميين يريدون على ذلك شروطا أخرى هي :

وجود العاقدين والمحل والمجيز وقت صدور التصرف الموقوف ، ووقف صدور الاجازة.

وسبب ذلك هو أن الاجازة في الفقه الاسلامي تارة تكون كاشفة للأحكام المترتبة على التصرف ، وتاره تكون منشئة لها. وعلى ذلك يجب توافر هذه الشروط وقت صدور التصرف لأنه الوقت الذي تستند إليه الاجازة كما يجب توافرها وقت صدور الإجازه لأنه الوقت الذي وجدت فيه.

أما في القانون الوضعي فالاجازة ليست الا كاشفة للأحكام المترتبة على التصرف ، وليست المنشئة لهذه الأحكام ، وذلك لأن العقد قبل صدور الاجازة كان نافذا فهي لا تضيف إليه جديدا بل تؤكد ما انتجه من آثار.[1]

(١) د. عبد المجيد مطلوب المرجع السابق ص ١٣٨.

خامسا ـ أثر الاجازة فى الفقة الاسلامى والقانون الوضعى:

أ ـ أثر الاجازة فى الفقه الاسلامى :

أجمع الفقه الاسلامى على أن الاجازه تصرف إرادى من جانب واحد فلا حاجة لاقتران قبول بها . ولا يمكن الرجوع فيها.

ولكنهم اختلفوا فى التكييف الشرعى للاجازة هل تكون منشئة ؟ أم كاشفة ؟؟

وأساس هذا الخلاف أمر راجع إلى المبدأ الفقهى العام القائل (بإن الاجازة فى الانتهاء بمنزلة الاذن فى الاستبداء) ، (والاجازة اللاحقة كالو كالة السابقة)[1] ولو طبقنا هذا المبدأ على إطلاقه لوجب القول بأن الاجازة تصرف كاشف .

ولكن القول بذلك غير مسلم به لاصطدامه فى بعض أنواع التصرفات التى لا يمكن أن تنتج أثرها إلا فى الحال ولذلك تكون الاجازة والحالة هذه تصرف منشئا لا تصرف كاشفا.

وبناء على ذلك نرى إجازة بيع ملك الغير من المالك الحقيقى تجعل العقد نافذا ومنتجا لآثاره بأثر رجعى أى من وقت إنشاء العقد لا من وقت الاجازة.

ويترتب على ذلك أن المالك يكون مالكا للثمن بما لحقه من تغيير منذ العقد، والمشترى يكون مالكا للشىء

(١) المبسوط للسرخسى جـ ١٢ ص ١٥٢.

المبيع بما لحقه من تغيير أيضا منذ العقد . وعلة ذلـــك أن هذا التصرف لا يصح تعليقه بالشرط فكأنه تحقق كاملا مـــن وقت انعقاده.(١)

وعكس ما سبق نرى بأن طلاق الفضولي وعتقه ينفـــذ كل منهما بأثر حـال من وقت الاجازه ولا يكون له أي أثـــر فيما بين إنشاء التصرف وتحقق الاجازه ، وذلك لأن مثـــل هذه التصرفات يصح تعليقها بالشرط، فكأنها معلقة علـــى شرط تحقق الاجازة ، ويبـدأ وجودها من وقت الاجازة لا مـــن وقت إنشاء العقد.

وبهذا ذهب الحنفية حيث قالوا : إن بعض التصرفات التـــي يباشرها الفضولي، ثم أجيزت فإنها تنتج آثارها من وقـــت إنشاء العقد. والبعض الآخر من التصرفات ينتج آثاره فـــي الحال من وقت الاجازة فالاجازة لدى فقهاء الحنفية إظهـــار من وجـه وإنشاء من وجه . ووافقهم في ذلك المالكيـــة والشافعية(٢) بناء على الرأى القائل بوقف تصرفات الفضولي.

---

(١) البحر الرائق جـ٦ ص ١٦٥ ، الفتاوى الهندية جـ٣ ص ١١٢. (الأحكام الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٢٠٩ . د. عبـــد المجيد مطلوب ص ١٣٣ د. سلام مدكور المدخل للفقـــة الاسلامي ص ٦٢٦.

(٢) البدائع جـ٥ ص ٢٦٤ . جامع الفضولين جـ١ ص ٢٢٩ الشـــرح الكبير للدسوقي جـ٣ ص ١٢. شرح الخرش جـ٤ صـــ ١٢ المجموع للنووي جـ ٩ ص ٢٨٠.

أما فقهاء الحنابله والاماميه فإنهم قد اختلفوا على رأيين:(١)

الرأى الأول : يرى بأن الاجازة ناقلة للحق ومنشئة له فلا أثر للتصرف المجاز إلا من وقت الاجازة ولا يملك المشترى المبيع الا من حين صدورها.

وعله ذلك أن (رضاء المالك إما أن يكون شرطا في تحقق الانتقال. أو أحد جزئي العله والسبب المؤثر في نفاذ العقد. وعلى كلا التقديرين لابد من تأخر الانتقال عنهما، ضرورة أن المشروط متأخر عن شرطه، وكذا المعلول متأخر عن جزء علته. وحينئذ فلا يحصل الملك قبل الاجازة)(٢)

الرأى الثانى: وهو الراجح لدى الحنابله والأمامية بل رأى الأغلبية. يقولون بأن الاجازة كاشفه عن صحة العقد وقت انشائه فيملك المشترى المبيع من وقت العقد لا من وقت الاجازة.

ويعللون ذلك. بأن الاجازة تكشف عن رضاء

---

(١) المغنى لابن قدامه جـ ٢ ص ١٠٠.
مفتاح الكرامه جـ ٤ ص ١٨٠.
(٢) د. عبد المجيد مطلوب المرجع السابق ص ١٣٢.

المالك لو التفت إلى العقد حين وقوعه، وهذا الرضا مقارن للعقد، فيكون العقد التام هو سبب الملك ، ولكونه تاما وجب ترتب الأثر من حينه.(١)

الرأى الراجح : والذى أراه وأرجحه هو ما ذهب إليه فقهاء الحنفيه : حيث أنهم لم يخالفوا المبدأ الفقهى الشرعى العام مع التصرف في كل عقد حسب طبيعته لمن قبول للأثر الرجعى فتكون الإجازة مظهرة للحكم كبيع الفضولى أولا يقبل الأثر الرجعى فتكون الاجازة منشئة للحكم كطلاق الفضولى.

الخلاصة : وجملة القول فيما سبق أن الاجازة اذا استوفت شروطها ترتب عليها آثارها :

وأهمها : جعل الفضولى وكيلا فى التصرف الذى قام به وفقا للمبدأ العام الأجازة اللاحقة كالوكاله السابقة . فالمجيز بأجازته يكون قد وكله في إنشاء هذا التصرف قبل أن ينشئه كما يترتب عليها أثر بالنسبة للتصرف الصادر منه حيث تجعله نافذا منتجا لجميع آثاره بعد أن كان موقوفا. ولكننا نتساءل متى ينتج هذا التصرف أثره ؟ هل يكون ذلك

(١) مفتاح الكرامة جـ ٤ ص ١٨٢ . د. مطلوب ص ١٣٣.

من وقت إنشاء العقد، أو من وقت الإجازة فقط ؟ يختلف الأمر في ذلك تبعا لاختلاف العقود . كما سبق.

فإذا كان العقد من العقود التي لا يصح تعليقها على الشرط كعقود المفاوضات المالية فإنه ينتج أثره مضافا لوقت إنشائه ـ وبناء على ذلك ـ فإذا حدثت زيادة في المبيع مثلا في الفترة ما بين إنشاء العقد وإجازته، فإنها تكون ملكا للمشترى لأنها ثمره ملكه.

فأما إذا كان العقد من العقود التي يصح تعليقها على شرط مثل الطلاق والكفالة فإن العقد ينتج أثره من وقت الاجازة فقط. وليس من وقت إنشاء العقد.(١)

ب) أثر الاجازة في القانون المدني:

قلنا سابقا بأن الاجازة هي تصرف قانوني من جانب واحد . والغرض منها التنازل عن طلب الابطال وإزالة الزعزعة والخطر الذى يهدد العقد بالزوال وتأييد استمرار صحته.

فالاجازة من المتعاقد صاحب حق التمسك بإبطال العقد لها أثرها الفعال في استقرار وجود العقد نهائيا.

---

(١) د. الشافعي عبد الرحمن ص

ومن الجدير بالذكر أن نعلم بأن الاجازة لا تصحح العقد القابل للابطال فهو صحيح قانونا قبل صدور الاجازة.

ولكنها تفيد أن المجيز قد تنازل عن حقه في طلب الابطال للعيب الذى تجاوز عنه أى الذى أجاز وقوعه.[١]

ويقول الاستاذ الدكتور أحمد سلامة (ولما كانت الاجازة تصرفا قانونيا فإنها يجب أن تستوفى أركان التصرف القانونى، وأن تستوفى هذه الاركان شروطها تماما كالعقد فإذا نقص ركن أو شرط ترتب نفس الجزاء الذى يترتب بالنسبة للعقد فتكون الاجازة ذاتها باطلة أو قابلة للابطال بحسب الأحوال).[٢]

وبالاجازة يعتبر العقد صحيحا من وقت صدوره لا من وقت الاجازة لما لها من أثر رجعى. وهذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين دون إخلال بحق الغير الذى كسب

(١) أ.د. / أحمد سلامة. نظرية الالتزام ص ١٤٦ ونفس المعنى.
أ.د./ عبد المنعم البدراوى - أثر مضى المده فى الالتزام ص ١٣٦، أ.د./ محمود جمال الدين زكى ص ٢٢٥.
أ.د./ أنور سلطان ص ٢٤٧.
أ.د./ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٦٠
أ.د./ جميل الشرقاوى ص ٢٣٥.
أ.د./ لبيب شنب ص ٢٣١، د. عبد الرازق فرج ص ١٣١.

(٢) المرجع السابق ص ١٤٧

حقا عينيا على الشيء الذى ورد عليه التعاقـد. (١)

وبهذا نصت المادة ١٣٩ مدنى مصرى على أنه (يـزول حق إبطال العقد بالاجازه الصريحة أو الضمنية).

٢ ـ وتستند الاجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد دون إخـلال بحقوق الغير .

ـ الاجازة تزيل خطر الابطال وتقوى عوامل الصحة فى العقـد. (٢)

ويرى البعض بأن القول بأن الاجازة تجعل العقد صحيحـا ومنتجا لآثاره من وقت العقد لا من إجازته. تعبير غيـر سليم لا يتفق مع التصوير الصحيح ، للعقد القابل للابطـال فهو عقد صحيح منتج لكل آثاره حتى يتقرر إبطالـه ، فإذا أجيز فإن كل ما يترتب على الاجازة هو إزالـه خطر الابطال الذى كان يهدد العقـد.

---

(١) أ.د./ السنهورى مصادر الحق ج ٤ ص ١١٥
أ.د./ سمير تناغو نظرية الالتزام ص ٩٨.

(٢) أ.د./ السنهورى فى الوسيط جـ ١ فـ ٣٨٠ .
أ.د./ أحمد سلامه المرجع السابق ص ١٤٦.
أ.د./ حشمت أبو شنيت فـ ٢٦٤ ، أد./ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٦٠، أ.د./ عبد المنعم فرج الصده ف ٢٥٠، أ.د./ محمود جمال زكى ص ٢٢٥، أ.د./ عبد الرازق فـرج فى الاجازه ص ١٣٢، أ.د./ اسماعيل غانم حيث يقول صـ ٢٨٠ (إن كل ما يترتب على الاجازه هو إزاله خطر الابطـال الذى كان يهدد العقد. فهى لا تجعل العقد ينتج آثارا لـم

فهي لا تجعل العقد ينتج آثارا لم يكن ينتجها من قبل، حتى يصبح أن يقال إن لها أثرا رجعيا، وإنما هي تقتصر على تأييد هذه الآثار. وتقويه عوامل الصحه في العقد وتأكيده بعد أن كان مهددا بالزوال.. ومنع احتمال إزالتها مستقبلا.(١)

- الاجازة في القانون المدني الفرنسي:(٢)

إن الحكم في القانون المدني الفرنسي يتفق مع القانون المدني المصري والقوانيين العربية. فإذا صدرت الاجازة من المالك الحقيقي أو ممن له حق الاجازة فإن العقد يصبح صحيحا من وقت انعقاده، ويزول العيب بأثرا رجعي وكأنه لم يكن قابلا للابطال. بل الاجازة تنتج أثرها دون الاضرار بحقوق الغير.

والمراد بالغير هنا الخلف الخاص، وكل من لهم

- يكن ينتجها من قبل حتى يصح أن يقال إن لهذا أثرا رجعيا. وإنما هي تقتصر على تأييد هذه الآثار ومنع احتمال ازالتها مستقبلا. ص ٣٨٠.

(١) راجع أ.د/ عبد الرازق فرج في الاجازة ص ١٣٢ بلانيول وريبير جـ١ ص ٤١٧ أوبرى ورو جـ٤ ص ٤٤٥.

(٢) رسالة الاستاذ / مارسيل جيفارى . الفضاله والاجازة بالفرنسية من جامعة باريس سنة ١٨٧٩ ص ١٢١ أشار إليها أ.د/ عبد الرازق فرج في مؤلفه الاجازة.

حق عينى على الشىء محل العقد، يكون قد تلقاه من المتعاقد، الذى تقررت القابلية للابطال لمصلحته وكان من شأن الاجازة المساس به .

وهكذا الحكم فى القانون اللبنانى.(١)

وأيضا فى القانون المدنى العراقى فى المادة ؟ .. مدنى التى تنص على أن إجازه العقد الموقوف تستند إلى الوقت الذى تم فيه العقد .

إلا أن المشرع العراقى لم ينص على أن استناد أثر الاجازة يجب ألا يضر بحقوق الغير، ولو أنه نص على ذلك لاستقام هذا مع طبيعة العقد الموقوف . لأن هذا العقد على خلاف العقد القابل للابطال لا ينتج آثاره إلا إذا لحقته الاجازة.

فلو باع القاصر العين بعد بلوغه سن الرشد أورهنها ثم أجاز بعد ذلك البيع الموقوف الذى أبرمه وهو قاصر، فإن الملكية تستقر للمشترى الأول خالصه من الرهن.(٢)

---

(١) م ٢/٢٣٧ موجبات وعقود لبنانى.

(٢) نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية أ.د. عبد المنعم فرج الصده جـ ٢ ص ٨٤ د. عبد الرازق فرج ص ١٣٦.

المقارنــــــــــة :

بالمقارنه بين القانون المدنى والفقه الاسلامى فـــى هذا الشأن يتبين للقارىء بأن الفرق ظاهر وواضح ، حيــث أن العقد الموقوف لا ينتج آثارا قبل أن تلحقه الاجـــازة . فإذا أجيز كان له أثرا رجعيا من وقت ابرام العقد فى معظم العقود . لا من وقت الاجازة.

بعكس العقد القابل للأبطال فإنه منتج لآثاره مـــن وقت انعقاده قبل أن تلحقه الاجازة . وكل ما يترتب على صدور الاجازة هو زوال قابليته للابطال التى كانت تتهدده . ولا أثر لها على سريان أثر هذا العقد التى كانت قد بـدأت فى السريان قبل صدورها.

فالاجازة لا تجعل العقد ينتج آثارا لم يكن ينتجها مـن قبل.(١)

(١) مصادر الالتزام د. عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٨١ الفضالة د. عبد المجيد مطلوب ص ١٢٩.

رفض الاجازة فى الشريعة والقانـــون

الرفض هنا هو رد التصرف الموقوف ممن له الحق شرعـــا .
علـنا إرادته فى عدم قبول التصرف الذى باشره الفضولى ممـــن
ترتب عليه منع التصرف من انتـاج آثاره ـ ولكن من يكون لـــه
حق الرفض .

هو من يكون له إجازته التصرف وهو صاحب الشأن الـــذى
يملــــك مباشرة التصرف الموقوف ممثـلا . . . .

لو باع الفضولى ملك الغير فالذى يملك حق الرفض هو المالك
الحقيقى المتوقف العقدعلى إجازته . ومتحـقق الرفض بما يتحقـق
به الاجازة ومعنى ذلك أى طريق من طرق التعبير عن الارادة يدل
على عدم الرضا ـ فإذا قال من له الحق فى الرفض ـ رددت هـذا
التصرف او لا أرضى به أو لا رغبة لىّ فيه فإن التصرف يبطل ـ
ولا يمكن أن تلحقه بعد ذلك اجازه .

وبهذا أخذ القانون المدنى والفقه حيث إذا رفض الإجـازة
من له الحق فى ذلك ولم يتنازل عن التمسك بحقه فى ابطال العقد ـ
فإن العقد يبطل ـ ولا وجود له قانونا لما ـ وأعيد الطرفان إلـى
الحالة التى كان عليها قبل التعاقد ـ .وعند الاستحالة بحكم القاضى
بالتعويض العادل وفقا للمادة ٧٤٢م مصرى .

وإذا كان التصرف الموقوف يبطل برفض إجازته ممن له الحق في ذلك ـ فإنه يبطل بوجه عام اذا فقد عنصرا من العناصر التي اشترطت لوجوده ما ياتي:

١ ـ تعقد المجيز أو من له الولايةعلى من له التصرف وهذا هو مذهب الحنفية ـ وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء الذين قالوا بانتقال حق الاجازة إلى الوراث إذا مات المجيز قبل الاجازة .

٢ ـ يعتبر الفضولي لأنه بالاجازة تترتب عليه حقوق العقد .

٣ ـ بهلالك محل التصرف الموقوف لأن الأجازة ترد على محل قائم وموجود إذا لم يوجد بطل التصرف .

٤ ـ يعقد الطرف الثاني في العقد كالمشترى في البيع المقوف ـ وبهذا أخذ القانون المدني العراقي في مادته ١٣٥ بقوله .

(١) من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفا على إجازة المالك

(٢) فاذا أجاز المالك نعتبر الإجازة توكيلا، ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من التعاقد الآخر .

(٣) وإذا لم يجزأ المالك تصرف الفضولي بطل التصرف وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البدال فله الرجوع عليه ـ فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه، وكان العاقد الآخر قد أداه عالما

أنه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه .

(٤) واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه ـ فهلكت في يده بدون تعد منه ـ فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء. فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر.

فهذه أحكام خاصة تترتب على تقرير نقض التصرف الموقوف أو بطلانه ـ وقد تأثر المشرع العراقي في هذا الشأن بأحكام الفقه الاسلامي.

الخاتمـــــــــة

إن موضوع بيع ملك الغير في الشريعة الاسلامية قد أفـــاض الفقهاء في بحثه ووضعوا لــه القواعد والمبادىء والاصول التي لا نظير لها في القانون المدني .

ويمكن أن نقرر ما يأتـــي:

١ ـ لا يمكن القول بأن بيع ملك الغير ينعقد موقوفا على الاجـــازة في القانون المدني المصري لوجود النص الصريح باعتبار العقـد قابلا للابطـال لاعقدا موقوفا. ولا اجتهاد مع النص الصريـــح فيجب العمل به.

٢ ـ إن بيع ملك الغير ينتج أثره في حينه إلى أن يحكم ببطلانـة حيث أنه عقد قابل للابطال . غير أنه لا يحكم بإبطالـــــه إلا بناء على طلب المشتري.
أما لو نظرنا إلى العقد الموقوف وفقا للقائلين به في الفقـــه الاسلامي فإنه لا ينتج أثره قبل إجازته من المالك الحقيقـــي أو من له حق الاجازة.

٣ ـ إن العقد الموقوف في الفقه الاسلامي لا يجيزه إلا المالـــك الحقيقي أو من ينوب عنه.
بخلاف المشتري في القانون في حالة بيع ملك الغير فإنه يملك الاجـازة.(١)

(١) د. عبد الرازق فرج المرجع السابق ص ١٣٢ .

ولقد أحسن المشرع العراقي حينما أخذ بالفقه الاسلامي واعتبر العقد موقوفا على إجازة المالك الحقيقي. فبيع الفضولي ملك غيره متوقف على اجازة المالك بخلاف القانون الذى يعيد عن ذلك بعقد قابل للابطال أو قابل للفسخ أو باطل بطلانا مطلقا في القانون.

٤ - على المشرع المصرى أن يأخذ هذه الحالة بالوقف. ويحسم الخلافات ونقض عليها ويضع حكما واحدا لقضيه بيع ملك الغير؛ تحقيقا لحماية أكثر للمالك الذى تصرف الغير في ملكه دون إذنه. فالتصرف يبقى موقوفا بالنسبة له وللمتعاقدين.

بخلاف العقد القابل للابطال. فإن نفاذ العقد قبل اجازته أو ابطاله قد يتحقق من جرائه ضرر بصاحب الشأن. فالمالك حين يباع ملكه بغير إذنه فقد لا يريد بيع المبيع الذى حدث فيه التصرف دون إذنه أو إقراره.[١]

فضلا عن ذلك. فإن الشريعة الاسلامية كان لها قصب السبق في موضوع الاجازة بإفاضة وإسهاب بل تتدرج تحتها كل من العقد القابل للابطال والعقد غير النافذ وغير السارى في القانون المدنى بل وجدت الحكم حيث جعلت التصرف موقوفا على الاجازة من البائع أو المشترى أو المالك فالتصرف

---

(١) د. عبد الرازق فرج المرجع السابق ص ١٣٢.

فى ملك الغير ينعقد موقوفا فى حق جميع الأطراف ، بخلاف القانون الذى جعل الاجازة من المالك الحقيقى أو من له حق الولايه عليه.

ومن هذا المنطلق يتضح لنا بأن الشريعه الاسلاميه عالجت موضوع بيع ملك الغير وإجازته ممن له حق الاجازة أو رفضه معالجة تؤكد صلاحيتها للتطبيق فى كل زمان ومكان ودورها الفعال وسموها وسماحتها التي تفوق كل الشرائع القديمة والحديثة.

كما توضح للقارىء مدى ما وصل إليه فقهاء المسلمين من حصافة فى الرأى وعمق فى التفكير والاستنباط الذى يتمشى مع المبادىء العامة والصالح العام.

وبهذا يعلم الناس جميعا أن الفقه الاسلامى جدير بأن يساير الزمن والوقائع المستحدثه بل قادر على أن يحمل عبء توجيه الناس فرادى وجماعات فى مختلف شئونهم حتى يرث الله الأرض ومن عليها .

والله تعالى أعلى وأعلم.

((ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب)) صدق الله العظيم.

* تم بحمد الله وفضله *